DIE ZWANGSVERWALTUNG VON RECHTEN NACH § 857 ZPO

□ □

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
BEI DER JURISTISCHEN FAGULTÄT
DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

EINGEREICHT VON

EBERHARD LEUPOLD
BACC. JUR. IN ZITTAU

LEIPZIG 1915
„DUVA" DRUCKEREI UND VERLAGS-ANSTALT G. M. B. H.

MEINER LIEBEN MUTTER

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546828_0046

Inhaltsübersicht.

§ 1. **Einleitung** 1

§ 2. **A. Praktisches und rechtliches Anwendungsgebiet der Zwangsverwaltung nach § 857 ZPO** 6

I. Die praktischen Schranken 6
II. Das gesetzliche Anwendungsgebiet 8
III. Fällt unter § 857 auch die Zwangsverwaltung von wirtschaftlichen Unternehmen als solchen? 13

§ 3. **B. Die einzelnen zur Zwangsverwaltung geeigneten Rechte** 18
I. Miete und Pacht 18
II. Der Nießbrauch 21
III. Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten 23
IV. Das Urheberrecht 24
V. Das Patentrecht 27
VI. Die landesrechtlichen Nutzungsrechte 28

§ 4. **C. Die Pfändung als Vorstadium der Zwangsverwaltung und ihre Besonderheiten bei den Nutzungsrechten** . . 29
I. Die Pfändung als Voraussetzung der Zwangsverwaltung 29
II. Die Gestalt des Pfändungsbeschlusses . . . 29
III. Der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Pfändung 31
IV. Besonderheiten bei der Pfändung des Miet- und Pachtrechtes 31
V. Welches ist der Gegenstand der Pfändung bei der Zwangsvollstreckung in die unveräußerlichen Rechte des § 857 III? 34
VI. Die Verwertung der unveräußerlichen Rechte auf Grund der Pfändung 39

§ 5. **D. Die rechtliche Bedeutung der Anordnung der Zwangsverwaltung und der rechtliche Charakter des Verwalters** 42
I. Die rechtliche Bedeutung der Anordnung der Zwangsverwaltung 42
II. Der rechtliche Charakter des Zwangsverwalters 43

E. Das Zwangsverwaltungsverfahren 51

§ 6. 1. Seine rechtlichen Grundlagen 51

§ 7. 2. Vollstreckungsgericht, Anordnungsbeschluß, Zwangsverwaltungsmasse 53
I. Das Vollstreckungsgericht 53
II. Der Anordnungsbeschluß, insbesondere seine Zustellung 53

III. Die Zwangsverwaltungsmasse 55
1. Das gepfändete Nutzungsrecht 55
2. Die Früchte 56
3. Miet- und Pachtzinsen 56
4. Zubehör 57
5. Versicherungsforderungen 58
6. Barvorschuß des Gläubigers 58
§ 8. 3. Ernennung des Zwangsverwalters, Besitzverschaffung, Instruktion 60
I. Die Ernennung des Zwangsverwalters 60
II. Die Auswahl des Verwalters 61
III. Die Besitzverschaffung 62
IV. Das Wohnrecht des Schuldners 63
V. Die Berücksichtigung von Drittberechtigten . 63
VI. Die Wirkung der Übergabe 64
VII. Die Instruktion 64
§ 9. 4. Die Tätigkeit des Verwalters, seine Amtspflichten und Befugnisse 66
I. Die Ausübung des zu verwaltenden Nutzungsrechtes 66
II. Die Umsetzung der Nutzungen in Geld . . . 68
III. Die Rechtstellung des Verwalters nach außen insbesondere
1. Die Stellung des Verwalters gegenüber den vom Schuldner vor Anordnung der Verwaltung abgeschlossenen Verträgen 68
2. Die Prozeßführung des Verwalters . . . 71
IV. Die Verwendung des Erlöses aus den Erträgnissen 72
1. Die Deckung der Verwaltungsausgaben und -kosten 72
a) Die Ausgaben der Verwaltung . . . 72
b) Die Kosten 73
2. Die Überschüsse und ihre Verwendung 74
§ 10. 5. Haftpflicht des Verwalters, Pflicht zur Rechnungslegung, Vergütung 76
I. Die Haftpflicht 76
II. Die Pflicht zur Rechnungslegung 77
III. Die Vergütung 79
§ 11. 6. Verhältnis des Vollstreckungsgerichts zum Zwangsverwalter 82
I. Die Aufsichtsgewalt 82
II. Die Zwangs- und Sicherungsmittel 84
1. Die Sicherheitsleistung 84
2. Die Ordnungsstrafe 85
§ 12. 7. Die Beendigung der Zwangsverwaltung 86
I. Der Unterschied zwischen der Endigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens und der Endigung der Zwangsverwaltung 86
II. Das Wesen der Endigung der Zwangsverwaltung und die Arten der Endigung 86
III. Die Endigungsgründe der Zwangsverwaltung 87
IV. Die Folgen der Endigung der Zwangsverwaltung 87
1. Bei der Aufhebung 89
2. Bei der einstweiligen Einstellung . . . 91
§ 13. **Rückblick** 92
§ 14. **Ausblick** 94

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung, Berlin 1901.

Allfeld, Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und über das Verlagsrecht, München 1902.

Allfeld, Kommentar zu den Reichsgesetzen über das gewerbliche Urheberrecht, München 1904.

Biermann, Sachenrecht, Berlin 1903.

Brückner, Miete, Leipzig 1902.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Band II 2, Halle 1901; Band III, Halle 1908.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, Mannheim 1908.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II 1, Marburg 1913.

Falkmann, Zwangsvollstreckung, 2. Auflage, Berlin 1908/14.

Fischer-Schäfer, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 2. Auflage, Berlin 1910.

Fitting, Reichs-Zivilprozeßordnung, 12./13. Auflage, Berlin 1907.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Band II und III, Berlin 1896.

Frommhold, Ueber das Jagdrecht, in Jeherings Jahrb. 53, 188 ff.

Fuchs, Grundbuchrecht, Berlin 1902/08.

Fuld, Mietrecht, Leipzig 1898.

Güthe, Grundbuchordnung, Berlin 1905.

Hahn-Mugdan, Materialien zur Reichsjustizgesetzgebung, Berlin 1898.

Heller-Trenkwalder, Die österreichische Exekutionsordnung in ihrer praktischen Anwendung, Wien 1912.

Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, Band I, Berlin 1910.

Hoeniger, Die Zwangsvollstreckung in das Urheber- und Verlagsrecht, im „Recht" 1908, 436 ff.

Hoffmann, Erler, Burlage usw., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Berlin 1913.

Isay, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.

Jaeckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, Berlin 1912.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 3./4. Auflage, Berlin 1913.

Kaiser, Zwangsvollstreckung in das Urheberrecht, in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß 21 (1895), 201 ff.

Kloß, Sächsisches Landesprivatrecht, Erg.-Band III zu Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1908.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II 1, Berlin 1906.

Kohler, Patentrecht, Mannheim 1900.

Kretzschmar, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Lindemann, Zwangsverwaltung auf Grund einstweiliger Verfügungen, im „Recht" 1903, 204/05; 1908, 635/36.
Merkel, Juristische Enzyklopädie, Berlin 1913.
Mittelstein, Miete, Berlin 1913.
Mittelstein, Entsprechende Anwendung des § 549 BGB auf die Abtretung der Mieterrechte? im „Recht" 1911, 576 f.
Motive zum Entwurf eines Gesetzes, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1889.
Neumann, Kommentar zur Exekutionsordnung, Wien 1909/10.
Niendorff, Mietrecht, Berlin 1914.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1910.
v. Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt, Wien 1906.
Paech, Zwangsvollstreckung in das Recht des Mieters auf Gebrauch der vermieteten Sache, im Archiv für Bürgerliches Recht 26, 7 ff.
Petersen-Anger, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 5. Auflage, Band II, Lahr 1906.
v. d. Pfordten, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, München 1905.
Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien 1907.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Berlin 1907.
Predari, Grundbuchordnung, Berlin 1907.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, Berlin.
Reinhard, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, Leipzig 1901.
Reinhard, Handausgabe des Zwangsversteigerungsgesetzes, Leipzig 1913.
Reinhard, Die Rechtstellung des Zwangsverwalters und sein Verhältnis zum Hypothekengläubiger, Schuldner und Vollstreckungsgericht, im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß 7, 477 ff.
Riezler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht, München und Berlin 1909.
Seligsohn, Patentgesetz, Berlin 1912.
v. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1910/11.
Siméon, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Berlin 1913.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II 1, II 2, III, Berlin und München 1912.
Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Tübingen 1913.
Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913.
Till, Zur Lehre von der Gesamtsache, in Gruchots Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht 12, 736 ff.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Band I, Paderborn 1906.
Wertheimer, Die Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 2, 279 ff. und 352 ff.
Westheimer, Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Hypothekenzinsrechtes, in der Juristischen Wochenschrift 1912, 505 ff.
Wolff, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, Berlin 1909.
Wurzer, Übertragbarkeit des Jagdpachtrechtes in Preußen, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 54, 354 ff.

Zitiert sind im Folgenden die aufgezählten Bücher und Abhandlungen mit dem Namen des Verfassers. Der Kommentar und die Handausgabe zum Zwangsversteigerungsgesetz von Reinhard sind durch K und H unterschieden. Der Kommentar zum BGB von Hoffmann, Erler, Burlage usw. ist zitiert als Kommentar der Reichsgerichtsräte.

§ 1.

Einleitung.

Die zwangsweise Verwaltung von Gegenständen kann verschiedenen Zwecken dienen. Sie kann sein Mittel der Sicherung oder Mittel der Vollstreckung. Nach bürgerlichem Recht kann die zwangsweise Verwaltung in mehrfachen Fällen als Sicherungsmittel dienen. So ist in § 1134 II BGB vorgesehen, daß das Gericht zum Schutze des Hypothekengläubigers die erforderlichen Maßregeln ergreifen darf, wenn der Eigentümer des Grundstücks auf dieses in einer Weise einwirkt, daß dadurch eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist; als zweckmäßigste Maßregel wird hier das Gericht dem Eigentümer die Verwaltung des Grundstücks entziehen und einem Verwalter übertragen. Entsprechendes gilt vom Nießbrauch. Wenn durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung des Rechts des Eigentümers begründet wird, so kann nach § 1051 BGB dieser eine Sicherheitsleistung verlangen, und nach § 1052 kann er, wenn der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung verurteilt ist, statt dessen die Ausübung des Nießbrauchs durch einen Verwalter beantragen; nach § 1054 darf der Eigentümer die Anordnung einer Verwaltung ohne weiteres fordern, wenn der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers trotz Abmahnung von dessen Seiten erheblich verletzt. Entsprechendes gilt auch für den Nießbrauch an Rechten nach § 1068 BGB.

Ein allgemeiner Rahmen für die Anordnung einer Zwangsverwaltung zum Zwecke der Sicherung ist gegeben durch die Zulassung einer einstweiligen Verfügung in Fällen, wo zu besorgen ist, daß durch eine Änderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte; in § 938 II ZPO ist ausdrücklich vorgesehen, daß die Sequestration als Inhalt einer einstweiligen Verfügung Anwendung finden kann.[1])

[1]) Dabei kann sich das Gericht in der Ausgestaltung der Verwaltung an das Zwangsversteigerungsgesetz anlehnen. Nicht dagegen

Wir finden aber die Sequestration als Sicherungsmittel nicht nur im bürgerlichen Recht, sondern auch in der ZPO, als Sequestration von Grundstücken. Nach § 848 ZPO ist das Grundstück, auf dessen Herausgabe der gepfändete Anspruch gerichtet ist, an einen Sequester herauszugeben bzw. aufzulassen. Hier bildet die Sequestration nur ein Zwischenstadium der Zwangsvollstreckung, an das sich die Vollstreckung in das Grundstück nach den Regeln des Zwangsversteigerungsgesetzes anschließt.

In allen diesen Fällen ist die zwangsweise Verwaltung — zur Unterscheidung besser Sequestration genannt — nur eine besondere Form der Hinterlegung, nämlich eine Hinterlegung, die eine fortgesetzte Tätigkeit nötig macht und folglich nicht durch bloße Einstellung der Sache bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle bewirkt werden kann.[2]) Sie ist Sicherungsmittel, nicht Befriedigungsmittel.

Eine ganz andere Rolle spielt dagegen die Zwangsverwaltung als Zwangsverwaltung im engeren Sinn, nämlich dort, wo sie dazu dient, als Mittel der Zwangsvollstreckung die Erträgnisse einer Sache oder eines Rechtes der Befriedigung eines Gläubigers dienstbar zu machen. Hier ist sie nicht mehr bloß Sicherungsmittel[3]), sondern Befriedigungsmittel selbst. Der pfändende Gläubiger soll nicht dadurch befriedigt werden, daß der gepfändete Gegenstand dem Schuldner genommen und gegen Entgelt auf einen Dritten oder den Gläubiger übertragen und der Erlös dem Gläubiger ausgezahlt wird, sondern die Sache oder das Recht soll dem schuldnerischen Vermögen verbleiben und nur die Ausübung des Rechtes soll dem Schuldner entzogen sein und einem Verwalter zustehen, der dann den Erlös für die gezogenen Nutzungen dem Gläubiger zuführt und diesen damit befriedigt. Diese Art der Zwangsverwaltung stellt sich demnach dar als eine spe-

---

kann es eine Zwangsverwaltung nach ZVG summarisch anordnen, der das Gericht der belegenen Sache als Vollstreckungsgericht Folge zu leisten hätte. Denn die Zwangsverwaltung nach dem ZVG ist ein Vollstreckungsverfahren zwecks Befriedigung des Gläubigers. Vgl. hierzu Lindemann a. a. O. im „Recht" 1903 und 1908; a. A. RG 52, 140; KG im „Recht" 1908 Nr. 2445; vgl. ferner von der Pfordten A 2a zu § 146 und die dort angegebene Literatur des Zwangsversteigerungsrechtes.

[2]) Vgl. hierzu auch Lindemann, a. a. O. im „Recht" 1903.

[3]) Jaeckel-Güthe A 1 zu § 146 schreibt auch der Zwangsverwaltung des ZVG Sicherungszweck zu; Reinhard A 2 Abs. 2 zu § 146 läßt die Zwangsverwaltung eines Grundstücks z. B. zu als Zwangsverwaltung eines unvollendeten Neubaus. Wolff A 1 zu § 146 stellt die Zwangsverwaltung zu Sicherungszwecken in der Hauptsache in Abrede.

zielle Verwertungsform im Zwangsvollstreckungsverfahren.

In dieser Eigenschaft kann die Zwangsverwaltung verschiedene Gegenstände zum Objekt haben. Es lassen sich dementsprechend verschiedene Gruppen aufstellen.

1. Gruppe: Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist ein Grundstück. Die Verwertung geschieht durch Ausübung der im Eigentum wurzelnden Nutzungsbefugnis seitens des Verwalters: Zwangsverwaltung von Grundstücken. Sie ist im deutschen Recht als selbständige Vollstreckungsart ausgebildet und geregelt im Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 27. März 1897. Der Zwangsverwaltung nach diesem Gesetz unterliegen auch diejenigen Rechte an einem Grundstück, auf die nach Reichsrecht (z. B. das Erbbaurecht, § 1017 BGB) oder Landesrecht die Vorschriften über Grundstücke Anwendung zu finden haben.

2. Gruppe: Gegenstand der Pfändung ist eine bewegliche Sache; diese soll verwertet werden durch Ausübung der im Eigentum wurzelnden Nutzungsbefugnis seitens eines Verwalters. Diese Art der Zwangsverwaltung ist als selbständige Form im deutschen Recht nicht ausgebildet. Dagegen ist sie nach unserm Recht denkbar im Anschluß an die Zwangsverwaltung eines Rechtes nach § 857 ZPO; jedoch muß zu diesem Zwecke die Sache selbständig gepfändet sein (vgl. unten § 7 III Nr. 4).

3. Gruppe: Gegenstand der Pfändung ist ein Nutzungsrecht an fremder Sache, das nicht dem Eigentumsrecht am Grundstück gleichgestellt ist. Das Recht kann sein ein relatives (z. B. Pacht) oder ein absolutes (vgl. unten § 2). Diese Zwangsverwaltung von Rechten ist geregelt im § 857 ZPO.

4. Gruppe: Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen. Hier sind zwei verschiedene Konstruktionen möglich. Entweder man betrachtet die zum wirtschaftlichen Unternehmen gehörigen realen Bestandteile als Gegenstand der Pfändung und des Pfändungspfandrechts und erblickt in der Zwangsverwaltung des wirtschaftlichen Unternehmens nur eine besondere Form der Verwertung dieser Bestandteile (unechte Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen), oder man erblickt im Unternehmen als Ganzem den Gegenstand der Pfändung und zugleich den der Verwertung (echte Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen).

Zwei weitere Unterarten dieser Gruppe ergeben sich dadurch, daß die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung ganz

allgemein ausgesprochen sein kann für jede Art wirtschaftlicher Unternehmen (Zwangsverwaltung wirtscaftlicher Unternehmen schlechthin) oder nur für bestimmte benannte Unternehmensarten (z. B. Zwangsverwaltung eines Eisenbahnbetriebes).

Nach deutschem Reichsrecht gibt es keine dieser Formen der Zwangsverwaltung. Ist ein Grundstück, auf dem ein landwirtschaftliches Gewerbe, eine Gärtnerei oder ein Steinbruch betrieben wird, der Zwangsverwaltung unterstellt, so ist das eben eine Zwangsverwaltung des Grundstücks und nicht des Gewerbebetriebes, gehört also in die erste Gruppe.

Eine Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen schlechthin, also ohne Beschränkung auf bestimmte Unternehmensarten, kennt das Österreichische Recht in §§ 341 ff. ÖExO. Das Institut ist hier konstruiert als unechte Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen (vgl. unten § 2 III).

Eine echte Zwangsverwaltung in ein wirtschaftliches Unternehmen, allerdings beschränkt auf eine bestimmte benannte Unternehmensart, kennt das Preußische Landrecht. Nach § 20 des preußischen Gesetzes über die Bahneinheiten in der Fassung vom 8. Juli 1902 kann die Exekution in Bahneinheiten nach den Regeln des Zwangsversteigerungsgesetzes erfolgen, also auch in Form der Zwangsverwaltung. Da nun der Umstand, daß die Eisenbahn auf eignen Grundstücken betrieben wird, keine Voraussetzung für den Bestand der bücherlichen Bahneinheit bildet, zu ihr vielmehr auch fremde Grundstücke gehören können, kann hier von einer Exekution in die dem Bahnunternehmen zugrundeliegenden realen Gegenstände, insbesondere die Grundstücke, nicht gesprochen werden.[4]) Es handelt sich hier vielmehr um einen Fall der echten Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich nur mit der dritten Gruppe der Zwangsverwaltungsarten, der Zwangsverwaltung von Rechten nach § 857 ZPO. Das Institut ist im Gesetz nicht näher behandelt. Auch die Literatur hat sich, bis auf einige spärliche Bemerkungen in den Kommentaren, mit diesem Gegenstand noch nicht befaßt. Es lohnt sich daher, genau zu untersuchen, welches Anwendungsgebiet für die Zwangsverwaltung nach § 857 ZPO offen steht, und wie sich das Zwangsverwaltungsverfahren

---

[4]) Ebenso Pisko 172; vgl. auch 57 A 27.

selbst abspielt. Einer besonderen Berücksichtigung bedürfen dabei die unveräußerlichen Rechte, bei denen nicht nur die Zwangsverwaltung selbst, sondern auch ihr begriffliches Vorstadium, der Pfändungsvorgang, noch recht im Dunkeln liegt. Es ist demnach im folgenden darzustellen das Anwendungsgebiet der Zwangsverwaltung von Rechten, im allgemeinen und im einzelnen, ihr Vorstadium, die Pfändung, und das Zwangsverwaltungsverfahren selbst, wie es sich nach geltendem deutschen Reichsrecht abspielt (§ 2 bis § 12). In § 13 soll sich daran eine kurze Kritik der praktischen Verwendbarkeit der Zwangsverwaltung von Rechten in ihrer positiv-rechtlichen Gestalt anschließen. Der § 14 soll der Untersuchung gewidmet sein, inwieweit die Einführung der Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen als Mittel gegen die bestehenden Mißstände und darüber hinaus de lege ferenda zu empfehlen ist, oder ob sich für die Zwangsvollstreckung in wirtschaftliche Unternehmen eine zweckmäßigere Verwertungsart finden läßt.

§ 2.

A. Praktisches und rechtliches Anwendungsgebiet der Zwangsverwaltung nach § 857 ZPO.

I. Die praktischen Schranken. Das Anwendungsgebiet der Zwangsverwaltung hat seine in der Natur der Sache liegenden praktischen Schranken. Ein Hauptinteresse des pfändenden Gläubigers ist es, daß ihm durch die Verwertung des gepfändeten Gegenstandes eine möglichst rasche Befriedigung gewährleistet wird. Bei der Zwangsverwaltung ist das nicht möglich; sie führt naturgemäß zu einer allmählichen Befriedigung der gläuberischen Forderung. Daraus ergibt sich die Erkenntnis, daß die Zwangsverwaltung nur als ein Notbehelf praktisch Anwendung findet. Überall da, wo sich bequemere Wege der Befriedigung darbieten, wird man diese benutzen. Den unbequemeren Weg der Zwangsverwaltung wird man ihnen nur dann vorziehen, wenn diese zu einem geringeren Erlös führen würden.

Andererseits eignet sich die Zwangsverwaltung nur für Fälle, wo es sich um die Vollstreckung in die Nutzungen eines Rechtes handelt. Bei ihnen ist gerade die normale Verwertung des § 835 durch Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt ausgeschlossen. Diese kommt mangels Nennwertes des Rechts nicht in Frage, jene deshalb, weil sie nur da möglich ist, wo es gilt, eine drittschuldnerische Leistung entgegenzunehmen. Bei Nutzungsrechten schuldet aber der Drittschuldner — soweit ein solcher überhaupt vorhanden ist — in der Hauptsache nicht eine Leistung, sondern ein Dulden.

Doch auch für die Nutzungsrechte ist die Zwangsverwaltung nicht die einzig mögliche Verwertungsform. Ist das gepfändete Recht selbst übertragbar, so besteht die Möglichkeit einer Veräußerung nach § 857 V. Handelt es sich um ein unveräußerliches Recht, das deshalb pfändbar ist, weil seine Ausübung einem anderen überlassen werden

darf (§ 857 III), so bietet sich abgesehen von der Verwaltung die Überlassung der Ausübung an den Gläubiger selbst oder gegen Entgelt an einen Dritten als Verwertungsmittel dar. Man denke z. B. an den Fall des Nießbrauches an einer Geldforderung; hier wird am zweckmäßigsten dem Gläubiger die Ausübung des Nießbrauchs zugestanden. Der Pfändungsgläubiger kann dann kraft dessen die nießbrauchbelastete Geldforderung selbst einziehen.[1]) Die Veräußerung des Rechtes selbst oder die entgeltliche Überlassung der Ausübung an einen Dritten ist nur dann praktisch ausgeschlossen, wenn sich überhaupt kein Interessent für das Recht findet, oder zwar ein Gebot abgegeben wird, dieses aber zu niedrig ist. Die Veräußerung oder Überlassung der Ausübung an den Gläubiger selbst ist dann untunlich, wenn die Verwaltung des Rechtes eine besondere Tätigkeit erfordert oder in der Person des Gläubigers Gründe dagegen vorliegen. Eine besondere Tätigkeit wird wohl bei allen Nutzungsrechten mehr oder weniger erfordert, besonders aber bei solchen, die sich auf eine körperliche Sache beziehen, insbesondere ein Grundstück, die dauernd oder, wenn vorübergehend, so doch reichlich Nutzungen abwirft. Hier wird die Verwaltung des gepfändeten Rechts zu einer Verwaltung der fruchttragenden Sache und kann mehr und mehr die Form eines Gewerbebetriebes annehmen. Hier erfordert die Pflege dieser fruchttragenden Sache, die Gewinnung und Erntung der Früchte und ihr Absatz eine ziemlich intensive Tätigkeit. Diese Tätigkeit auszuführen, kann man dem Gläubiger in der Regel nicht zumuten. Es wird überhaupt nicht sehr zweckmäßig sein, das Recht oder seine Ausübung dem Gläubiger nur solange zu überlassen, bis er für seine Forderung aus dem Erlös der Früchte befriedigt ist. Denn er hat dann kein Interesse daran, daß die Muttersache dauernd in gleichmäßiger Ergiebigkeit Nutzungen abwirft, da es ihm nur darauf ankommt, einen bestimmten Betrag in möglichst kurzer Zeit herauszuwirtschaften. Es empfiehlt sich dann vielmehr die Anordnung der Zwangsverwaltung.

Demnach ist die Zwangsverwaltung praktisch auf die Nutzungsrechte beschränkt, weil nur diese eine dauernde oder doch wenigstens reichliche Nutzung abwerfen; aber auch bei ihnen bildet die Anordnung einer Zwangsverwaltung nur einen Notbehelf; nur soweit die bequemeren Ver-

[1]) Das ist nicht etwa zu verwechseln mit der Ueberweisung zur Einziehung. Denn das gepfändete Recht selbst, der Nießbrauch, läßt sich nicht einziehen, sondern nur ausüben. Diese Ausübung besteht hier in der Einziehung einer vom gepfändeten Recht verschiedenen Geldforderung.

wertungsformen der Veräußerung des Rechts selbst oder der Überlassung der Ausübung keine Anwendung finden können, wird man die Zwangsverwaltung wählen.

Außer den Nutzungsrechten im engeren Sinne, also den dinglichen Rechten an fremder Sache, die den Gebrauch oder den Genuß der Sache (die Fruchtziehung) oder beides zum Gegenstand haben,[2]) eignen sich für die Zwangsverwaltung auch die Nutzungsrechte im weiteren Sinne. Darunter sind zu verstehen diejenigen Rechte (unter Ausschluß des Eigentumsrechtes), die ihrer Natur nach einen dauernden Ertrag liefern. Darin sind eingeschlossen relative Rechte, wie das Recht des Pächters auf Gebrauch und Fruchtgenuß, und absolute Rechte, wie das Patentrecht. Bei der Pacht liegt praktisch der Fall genau wie beim Nießbrauch: es gilt aus einer fruchttragenden Sache Nutzungen herauszuwirtschaften durch besondere Tätigkeit; nur der Rechtsgrund ist bei beiden verschieden, hier ein obligatorischer, dort ein dinglicher. Beim Patentrecht und den Urheberrechten fehlt es an einer fruchttragenden Sache; hier nehmen die Erträgnisse andere Formen an.

Mit Hervorhebung der Nutzungsrechte im engeren und weiteren Sinn ist das praktische Anwendungsgebiet der Zwangsverwaltung hinreichend umschrieben.

II. Das gesetzliche Anwendungsgebiet. Von der Grundlage des praktisch möglichen Anwendungsgebietes war auszugehen, und es ist nun zu vergleichen, inwieweit sich dieses mit dem rechtlich zulässigen Anwendungsgebiet deckt.

Im Gegensatz zum österreichischen Recht, wo nach § 334 ÖExO ganz allgemein die Zwangsverwaltung für zulässig erklärt ist bei „Rechten, welche den wiederholten Bezug von Früchten oder eine andre zu Gunsten des betreibenden Gläubigers verwertbare Benützung beweglicher oder unbeweglicher Sachen gewähren . . .", enthält die deutsche ZPO keine Vorschrift, die sich mit der Zwangsverwaltung von Rechten im allgemeinen beschäftigt. Sie erwähnt nur einen ganz speziellen Fall, der besonders ins Auge springt. Den Ausgangspunkt bildet dabei nicht die Zwangsverwaltung selbst, sondern die Ausdehnung der Pfändbarkeit über § 851 in Verbindung mit § 857 I hinaus auf Vermögensrechte, die zwar nicht übertragbar sind, deren Ausübung aber einem andern überlassen werden kann. In § 857 IV ist dann gesagt, in welcher Weise die

[2]) Vgl. Merkel § 622.

Verwertung dieser Rechte zu geschehen hat: das Gericht kann zu diesem Zwecke besondere Anordnungen treffen, insbesondere eine Verwaltung anordnen.

Wenn wir den Kreis der Rechte bestimmen wollen, für die das Gesetz die Zwangsverwaltung zuläßt, so haben wir also zunächst einmal zu untersuchen, welche Rechte unter § 857 IV fallen. Da nun aber Abs. IV sich unmittelbar auf Abs. III bezieht und beide Absätze die gleiche Art von Rechten behandeln, müssen wir auf Abs. III zurückgreifen. Nachdem wir den in Abs. III und IV behandelten Kreis von Rechten bestimmt haben, ist des weiteren zu fragen, ob die Zwangsverwaltung auch bei anderen Rechten zulässig ist, und auf welche Gesetzesbestimmungen sich die Zulässigkeit stützt.

Abs. III und IV des § 857 gehen ihrer Fassung nach zurück auf die Novelle von 1898. Hatte die ZPO (in § 754 III) schon vorher dem Gericht die Anordnung besondrer Maßnahmen offen gelassen bei der Zwangsvollstreckung in „Rechte, welche nur in Ansehung der Ausübung veräußerlich sind", so sollte diese Bestimmung durch die Novelle sachlich erhalten bleiben und durch eine andre, bisher schon anerkannte Regel ergänzt werden, in der die Pfändbarkeit solcher Rechte ausgesprochen wurde. Dem Gesetzgeber schwebten dabei speziell die dinglichen Rechte vor Augen; denn die in Frage kommenden Nutzungsrechte des Familienrechts, die elterliche und die eheherrliche Nutznießung, sollten ausdrücklich als unpfändbar gelten (vgl. §§ 861/62 der neuen Fassung). Deshalb lag es nahe, für die Fassung der Regel eine Formel zu verwenden, die das BGB nur zweimal und gerade bei dinglichen Rechten verwendet. In der Begründung zu § 754 der Novelle[3]) ist ausdrücklich gesagt, daß man sich an den Sprachgebrauch des BGB angelehnt habe. Der gewählte Ausdruck lautet: „unveräußerliche Rechte . . . soweit . . ., als die Ausübung einem andern überlassen werden kann." Von der Überlassung der Ausübung spricht das BGB in § 1059 und § 1092, beim Nießbrauch und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Diese beiden Rechte waren es also, die dem Gesetzgeber vorschwebten. Da es aber eine Eigenart legislatorischer Technik ist, sich möglichst abstrakt auszudrücken, wurde die Regel, die man aufstellen wollte speziell im Hinblick auf den Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, so formuliert, daß unter sie nicht nur diese beiden Arten dinglicher Rechte fallen, sondern alle absoluten unveräußerlichen

[3]) Vgl. Hahn-Mugdan 159.

Rechte, deren Ausübung einem andern überlassen werden kann. Das ergibt sich aus dem Zusatz: „in Ermangelung besonderer Vorschriften". Damit sollte auf die in den §§ 861/62 ausgesprochene Unpfändbarkeit der familienrechtlichen Nutzungsrechte hingewiesen werden. Darin kommt aber zum Ausdruck, daß hier absolute Rechte schlechthin, unter Aufrechterhaltung der Ausnahmen für die Familienrechte, gemeint sein sollten, nicht nur die dinglichen, insbesondere Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

Andererseits aber ist festzustellen, daß sich die Regel des § 857 III, IV nur auf absolute Rechte bezieht, nicht auch auf die relativen. Das läßt sich aus dem Sprachgebrauch des BGB, das hier als materiellrechtliches Gesetz maßgeblich ist, nachweisen.

Das BGB kennt den Ausdruck „veräußern" und die von diesem Wortstamm abgeleiteten Worte bei beweglichen Sachen, Grundstücken, Sachen im allgemeinen, Gegenständen und Güterkomplexen (Erbschaft, Erwerbsgeschäft). Außerdem verwendet es ihn bei Rechten an Grundstücken im allgemeinen und bei einigen benannten Grundstücksrechten: Erbbaurecht (§ 1012), Reallast (§ 1111), Abbaurechten (EG a 68). Nur an einer einzigen Stelle, in § 137, spricht es ganz allgemein von veräußerlichen Rechten. Durch diesen Paragraphen werden an sich auch die relativen Rechte getroffen. Aber in § 399 ist bei Forderungsrechten für den wichtigsten Fall der rechtsgeschäftlichen Ausschließung der Übertragbarkeit, den Fall der Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, eine Ausnahme von § 137 statuiert. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß das Gesetz in § 137 eine Ausdrucksweise wählt, die es sonst nur bei dinglichen Rechten gebraucht, weil eben infolge der Einschränkung in § 399 der § 137 in erster Linie dingliche Rechte und absolute Rechte überhaupt betrifft. Es spricht also § 137 nicht dagegen, daß im BGB das Wort „veräußern", wo es im Zusammenhang mit Rechten gebraucht wird, immer nur bei absoluten Rechten gebraucht wird. Ob dieser Sprachgebrauch das BGB willkürlich ist oder sich auf die Bedeutung des Wortes „veräußern" als Gegensatz zu „übertragen" stützt, ist eine andere Frage.[4])

[4]) Wir möchten annehmen, daß er sich nicht auf die Bedeutung dieser Worte stützt. Bei „veräußern" denkt man zunächst nur daran, daß der bisherige Berechtigte sich des Rechtes begibt, es also in der Zukunft nicht mehr hat, demnach an etwas Negatives; umgekehrt bedeutet der Ausdruck „unveräußerlich" etwas Positives, daß nämlich das Recht mit der Person des Berechtigten fest verbunden bleiben muß.

Der sprachlichen Formulierung der Regel in § 857 III ist zwar keine zwingende Beweiskraft für unsere Annahme, daß sich diese nur auf absolute Rechte bezieht, beizulegen, jedenfalls aber spricht sie nicht dagegen. Unsere Annahme findet aber auch eine Stütze im System der ZPO.

§ 857 III hat zur Voraussetzung den allgemeinen, im Gesetz nicht besonders ausgesprochenen Satz, der sich aus der analogen Anwendung von § 851 ergibt: auch die andern als in § 851 behandelten Rechte sind der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar sind. In § 857 III wird dann von diesem Satz die Ausnahme aufgestellt: die andern als in § 851 behandelten Rechte sollen trotz ihrer Unübertragbarkeit insoweit pfändbar sein, als ihre Ausübung einem andern überlassen werden kann. Welche Rechte in § 857 III gemeint sind, können wir also dadurch feststellen, daß wir ergründen, welche Rechte schon in § 851 behandelt sind. Denn es versteht sich von selbst, daß die in § 851 behandelten Rechte nicht noch einmal durch § 857 III getroffen werden können; sonst wäre die richtige Anordnung die gewesen, daß die Regel des § 857 III bereits in § 851 gebracht worden wäre und diese Regel dann auf andere Vermögensrechte infolge von § 857 I anwendbar gewesen wäre.

Im ersten Titel des zweiten Abschnittes des achten Buches, der von der Zwangsvollstreckung ins bewegliche Vermögen handelt, regelt die ZPO unter III die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte. In § 828 gibt sie zunächst eine Vorschrift über den Gerichtsstand, ganz allgemein für alle Vermögensrechte. Dann behandelt sie als den Regelfall die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen; diese umfaßt die §§ 829 bis 845, 852, 853. In den §§ 846—849, 854—856 behandelt sie die Zwangsvollstreckung in Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen. Die §§ 850, 851 da-

Bei „Uebertragen" denkt man nur daran, daß ein neuer Berechtigter in das Recht des alten eintritt, also an etwas Positives; umgekehrt deutet der Ausdruck „unübertragbar" an, daß in das Recht kein neuer Berechtigter eintreten, dieses also seine rechtliche Zuständigkeit nicht ändern kann, deutet demnach etwas Negatives an.

Die Beschränkung des Wortes „veräußern" auf körperliche Sachen und absolute Rechte rechtfertigt sich nicht durch die Bedeutung des Wortes, sondern durch ein anderes Moment. Nur körperliche Sachen und absolute Rechte berechtigen dazu, bei einer Änderung der Zuständigkeit das Hauptgewicht auf den Berechtigten zu legen, weil hier ein Herrschaftsverhältnis vorliegt. Bei den obligatorischen Rechten dagegen, wo ein Gewaltverhältnis fehlt, denkt man nicht so sehr an die Person des Berechtigten und gebraucht deshalb einen Ausdruck, der nur den Übergang andeutet.

gegen beziehen sich ganz allgemein auf Forderungsrechte, nicht nur auf Geldforderungen. Man darf nicht daraus, daß diesen beiden Paragraphen wieder Bestimmungen über Geldforderungen folgen, schließen, es müsse sich hier auch ausschließlich um Geldforderungen handeln. § 850 sagt ganz allgemein: „der Pfändung sind nicht unterworfen . . ." und zählt in acht Nummern die Forderungsrechte auf, bei denen sie die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen wissen will. Darunter sind (vgl. Ziffer 2 und 3) auch Forderungsrechte aufgeführt, die nicht Geldforderungen zu sein brauchen, sondern auch auf Naturalleistung gerichtet sein können. Man würde dem Gesetzgeber eine übertriebene Systematisierungssucht zumuten, wollte man meinen, hier seien nur Alimenten- usw. Forderungen gemeint, die Geldforderungen sind, und die Unpfändbarkeit der entsprechenden Naturalforderungen gehe erst durch die in § 857 eröffnete Möglichkeit einer analogen Anwendung von § 850 hervor. Ebenso sagt § 851 (der erst durch die Novelle von 1898 eingeschoben ist[5]): „eine Forderung ist der Pfändung insoweit unterworfen . . .". Daß es sich hier um Forderungsrechte im allgemeinen handelt, darauf weist die Ausdrucksweise im übernächsten Paragraphen hin. Nachdem das Gesetz in § 852 eine spezielle Geldforderung, den Pflichtteilsanspruch behandelt hat, geht es in § 853 wieder zu den Geldforderungen im allgemeinen über und sagt ausdrücklich: „ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet . . ."

§ 851 behandelt also Forderungsrechte im allgemeinen, also die relativen Rechte. Dementsprechend gilt § 857 III aus dem oben angegebenen Grunde nur für absolute Rechte, und nicht zugleich für Forderungsrechte.

Das Resultat unserer bisherigen Untersuchung über das gesetzlich zulässige Anwendungsgebiet der Zwangsverwaltung von Rechten ist also dies: in § 857 IV ist die Zwangsverwaltung zugelassen als Verwertungsform für alle absoluten unveräußerlichen Rechte, deren Ausübung einem andern überlassen werden kann.

Prima facie, nach § 857 IV, ist demnach die Zwangsverwaltung nur für einen ganz beschränkten Kreis von Nutzungsrechten zugelassen. Es ist nun die Frage zu beantworten: beschränkt sich das Anwendungsgebiet der Zwangsverwaltung auf den durch § 857 IV bestimmten Kreis von Rechten, oder gibt es eine Möglichkeit auch für alle anderen Rechte, bei denen eine Zwangsverwaltung

---

[5]) Vgl. § 749 a des Entwurfs

praktisch möglich und erwünscht ist, ihre Zulässigkeit auf rechtlicher Basis zu konstruieren?

Es läßt sich kein ersichtlicher Grund finden, der zu dem Schlusse nötigt, der Gesetzgeber habe die Zwangsverwaltung auf eine bestimmte Kategorie von Rechten beschränkt wissen wollen. Im Gegenteil! Warum soll die Zwangsverwaltung von übertragbaren absoluten Rechten, z. B. von Urheber- oder Erfinderrechten und von Forderungsrechten, z. B. des Pachtrechtes (Erlaubnis des Verpächters vorausgesetzt), nicht zulässig sein? Nirgends ist im Gesetz eine Beschränkung ausgesprochen. Der Gesetzgeber hat nur, von ganz anderem Ausgangspunkt ausgehend, den auffälligsten Fall der Zwangsverwaltung herausgegriffen. An die Möglichkeit einer Zwangsverwaltung andrer Rechte hat er gar nicht gedacht und es infolgedessen auch unterlassen, deren Zulässigkeit auszusprechen. Diese muß deshalb auf einem Umweg konstruiert werden.

Vorauszuschicken ist, daß es sich aus der Natur der für die Zwangsverwaltung geeigneten Rechte ergibt, daß bei ihnen die Überweisung zur Einziehung Schwierigkeiten macht. Was nützt es dem Pfändungsgläubiger, wenn ihm ein Nießbrauch überwiesen wird? Es gibt hier gar keine fremde Leistung, die er einziehen könnte; auf seine eigne Tätigkeit käme es vielmehr an. Das gilt in gleicher Weise von allen Nutzungsrechten, und da sich, wie wir oben sahen, nur diese für Zwangsverwaltung eignen, so ist demnach überall da, wo eine Zwangsverwaltung praktisch in Frage kommt, auch die Schwierigkeit mit der Überweisung zur Einziehung gegeben. In solchen Fällen ist nun aber nach § 857 I in Verbindung mit § 844 dem Gericht die Möglichkeit gegeben, auf Antrag eine andere Verwertungsart anzuordnen, folglich auch eine Verwaltung.

Die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung von anderen als in § 857 IV behandelten Rechten stützt sich demnach auf § 857 I in Verbindung mit § 844.

III. Fällt unter § 857 auch die Zwangsverwaltung von wirtschaftlichen Unternehmen als solchen? Die Frage ist zu verneinen. Nach § 857 sind nur Rechte der Zwangsverwaltung unterworfen. Daß die Ausübung des Rechtes durch den Berechtigten und den Verwalter, wirtschaftlich betrachtet, einen Gewerbebetrieb darstellen kann, ist hier ebenso unzweifelhaft wie bei der Zwangsverwaltung von Grundstücken. Doch ist in solchen Fällen nicht das wirt-

schaftliche Unternehmen als solches Gegenstand der Pfändung oder auch nur der Verwertung im Rechtssinn, sondern das Recht. Man mag über die praktische Anwendbarkeit der Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen als solcher denken, was man will, auf § 857 läßt sich ihre Anwendung jedenfalls nicht gründen. § 857 spricht nur von „Vermögensrechten", und das wirtschaftliche Unternehmen ist kein Vermögensrecht.

Den Standpunkt, daß § 857 auch die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen als solcher mit umfasse, vertritt Falkmann[6]) unter ausführlicher, aber nicht stichhaltiger Begründung. Seine Ausführungen sollten deshalb hier einer besonderen Betrachtung unterzogen werden.

Falkmanns Argumentation baut sich vor allem auf dem Widersinn auf, der darin liege, daß es wohl einer Zwangsverwaltung einer Pacht oder eines Nießbrauchs am wirtschaftlichen Unternehmen gäbe, daß es dagegen eine Zwangsverwaltung des wirtschaftlichen Unternehmens selbst nicht geben solle. Er sagt: da es das eine gibt, muß es auch das andere geben. Das Willkürliche und Gewaltsame dieser Beweisführung springt ins Auge. Falkmann dürfte höchstens sagen: müßte es eigentlich auch das andere geben. Denn es fehlt an jedem Anhalt dafür im Gesetz, daß dieses auch eine Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen als solcher zulassen wollte. Dieses Institut ist etwas zu Neuartiges und Heikles, als daß es einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung entbehren und aus analogen Vorschriften geschlossen werden könnte.

Uns kann von der Zulässigkeit einer Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen als solcher nach geltendem deutschen Reichsrecht auch nicht Falkmanns Anführung der österreichischen Praxis[7]) überzeugen, die schon vor Einführung der Bestimmungen in den §§ 341 ff. ÖExO die Zulässigkeit bejahte. Nach Falkmann enthalten diese Paragraphen nicht eine Bestimmung über die Pfändbarkeit des wirtschaftlichen Unternehmens, sondern lediglich eine Beschränkung der Verwertung wirtschaftlicher Unternehmen, deren Pfändung sich nach § 331 ÖExO richte. Damit wird der sachliche Zusammenhang ganz verdreht. Die Überschrift der §§ 341 ff. ÖExO: „Besondere Bestimmungen über die Exekution auf gewerbliche Unternehmen, Fabriketablissements usw." ist vielmehr in dem Sinn aufzufassen, daß die Verwertungsmöglichkeit der zu einem gewerblichen Unternehmen gehörigen

[6]) Bd. 2 § 63 V.

[7]) Vgl. hierüber Neumann, zu § 341 S. 982 und die dort angeführten Gerichtsentscheidungen.

körperlichen Sachen und Vermögensrechte erweitert werden sollte. Während sie eigentlich als Einzelsachen auch einer getrennten Pfändung und Verwertung unterworfen sind, sollen sie deshalb, weil sie eine wirtschaftliche Einheit bilden, auch verwertbar sein in Form der zwangsweisen Fortführung desjenigen wirtschaftlichen Unternehmens, zu dem sie gehören. Daraus folgt, daß auch nach österreichischem Recht die Zulässigkeit einer Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen erst auf deren ausdrücklicher Einführung in den §§ 341 ff. ÖExO beruht und die österreichische Praxis willkürlich und selbstherrlich wie ein Gesetzgeber verfuhr, als sie bereits vor Einführung der §§ 341 ff. ÖExO die Zulässigkeit bejahte.

Ebenso könnte es nun auch nach deutschem Reichsrecht eine Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen nur geben, wenn sie ausdrücklich im Gesetz angeordnet wäre.

Die Argumentation Falkmanns ist um so mehr abzulehnen, als es dem System unseres geltenden deutschen Sachenrechts widerspricht, das wirtschaftliche Unternehmen als Ganzes zum Gegenstand dinglicher Rechtsvorgänge und Rechte, wie Pfändung und Pfändungshandrecht, zu erheben.

Das wirtschaftliche Unternehmen als solches ist strenggenommen eine Tätigkeit, nämlich die organisierte, auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit. Als Tätigkeit kann es aber nicht Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein, am allerwenigsten aber Gegenstand der Pfändung und des Pfändungspfandrechts, da es unsrer modernen Auffassung widerspricht, die persönliche Betätigung des Schuldners zwangsweise zu Befriedigungszwecken nutzbar zu machen.

Aber auch die Auffassung, daß das wirtschaftliche Unternehmen als universitas verum corporalium et incorporalium, als Komplex der durch die Unternehmertätigkeit zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefaßten körperlichen und immateriellen Vermögenswerte Gegenstand der Pfändung sei, läßt sich vom Boden des geltenden deutschen bürgerlichen Rechts, das hierin die Grundlage des Prozeßrechts bildet, nicht halten. Dies zeigt sich besonders deutlich in der Konsruktion des Nießbrauchs am Vermögen nach BGB (§ 1085). Die Auffassung, daß der Nießbrauch an einem Vermögen als rechtliche Einheit besteht, wird dort abgelehnt, und der Nießbrauch am Vermögen konstruiert als Nießbrauch an den einzelnen zum Vermögen gehörigen Gegenständen. Die universitas rerum corporalium et

incorporalium kann nach dem BGB nie Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein. Objekt dinglicher Rechte sind nach geltendem deutschen Reichsrecht körperliche Sachen oder Rechte. Nun sei zwar zugegeben[8]), daß die körperliche Sache nicht immer eine Einheit im physikalischen Sinn zu sein braucht, daß vielmehr die Verkehrsauffassung maßgeblich ist, wonach es die einheitliche Bestimmung[9]) ist, die mehrere Körper im physikalischen Sinne zu einer Sache im Rechtssinn stempelt. Nichtsdestoweniger kennen wir den Sachinbegriff als Gegenstand dinglicher Rechte bisher nur als Inbegriff von Körpern, nicht dagegen als universitas rerum corporalium et incorporalium. Deshalb ist die Anerkennung des wirtschaftlichen Unternehmens als solchen als Gegenstand der Pfändung und des Pfändungspfandrechts nach geltendem deutschen Reichsrecht abzulehnen.[10])

Man kann sie selbst auch nach geltendem österreichischem Recht ablehnen, trotz der §§ 341 ff. ÖExO. Denn dort sind, wie oben gezeigt wurde, nur Spezialbestimmungen über die Verwertung der zu einem wirtschaftlichen Unternehmen zusammengefaßten realen Vermögensbestandteile gegeben; sie alle sollen nicht getrennt verwertet werden, sondern in Form der Fortführung des wirtschaftlichen Unternehmens, zu dem sie gehören. Es sei zugegeben, daß dieser theoretische Zusammenhang in der ÖExO genugsam verschleiert ist. Denn was bei der „Exekution auf wirtschaftliche Unternehmungen" eigentlich Gegenstand der Pfändung und des Pfändungspfandrechts ist, geht aus der ÖExO so wenig hervor, daß selbst im Lager derer, die das wirtschaftliche Unternehmen als Objekt dinglicher Rechtsvorgänge anerkennen, Streit darüber entstand, ob die Pfändung des wirtschaftlichen Unternehmens überhaupt nötig sei und der Anordnung der Zwangsverwaltung vorauszugehen habe oder nicht.[11])

Die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung wirtschaft-

[8]) Vgl. Till a. a. O.
[9]) Till 754.
[10]) Zustimmend RG 70, 226.
[11]) Vgl. zu dieser Streitfrage Heller-Trenkwalder A 1 zu § 341 S. 870 und Neumann S. 982 nebst der dort aufgeführten Literatur; vgl. ferner die Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofs vom 19. November 1901 (Sammlung der Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes von Glaser-Unger usw. Nr. 1633, abgedruckt bei v. Ohmeyer 129) und vom 7. Mai 1902 (Sammlung von Glaser-Unger usw. Nr. 1831, abgedruckt bei v. Ohmeyer 131 ff.) — Nach unsrer Auffassung hat der Zwangsverwaltung nach § 341 ff. ÖExO die Pfändung der einzelnen realen Vermögensbestandteile durch einheitlichen Akt vorauszugehen.

licher Unternehmungen nach österreichischem Recht bietet also noch keinen Beweis dafür, daß das österreichische Recht das wirtschaftliche Unternehmen als Ganzes zum Gegenstand dinglicher Rechtsvorgänge und Rechte erhebt. Denn die §§ 341 ff. ÖExO ergeben diese Auffassung, wie gezeigt wurde, nicht mit Notwendigkeit, und allgemeine Bestimmungen über das wirtschaftliche Unternehmen als solches fehlen vollständig.

Eine andere Frage ist es, ob der Zustand des geltenden Rechts für die Dauer haltbar ist, und ob nicht vielmehr heute, wo das wirtschaftliche Unternehmen als einheitlicher Komplex im Verkehrsleben als Objekt einheitlicher obligatorischer Rechtsgeschäfte eine so große Rolle spielt, die Anerkennung des wirtschaftlichen Unternehmens und überhaupt der universitas rerum corporalium et incorporalium als Objekt dinglicher Rechtsvorgänge angebracht wäre. Es ist hier nicht der Ort, dieses allgemeine Problem zu entscheiden. Soviel läßt sich aber sagen, daß wohl kein Grund vorliegt, diesen neuen Rechtsbegriffen de lege ferenda unsre Anerkennung zu versagen, wobei es allerdings fraglich erscheint, ob die Einführung einer Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen ins deutsche Recht als Konsequenz solcher Anerkennung geboten ist.[12])

[12]) Vgl. unten § 14.

§ 3.

B. Die einzelnen zur Zwangsverwaltung geeigneten Rechte.

I. Miete[1]) **und Pacht.** Eine selbständige[2]) Zwangsverwaltung der Gebrauchsrechte des Mieters kommt praktisch nicht in Frage. Hier ist der gegebene Weg der Verwertung die entgeltliche Übertragung analog[3]) § 857 V ZPO. Wohl aber läßt sich die selbständige Zwangsverwaltung des Gebrauchs- und Fruchtgenußrechtes des Pächtes praktisch vorstellen. Ihre Zulässigkeit hängt von der Bejahung der Vorfrage ab, ob das Pachtrecht überhaupt pfändbar ist. In der Literatur ist die entsprechende Frage eingehend erörtert worden von der Miete. Deshalb soll im Folgenden die Untersuchung dahin gehen, ob das Gebrauchsrecht des Mieters pfändbar ist.[4]) Läßt sich dessen Pfändbarkeit nachweisen, so hat dies dann auch vom Gebrauchs- und Fruchtgenußrecht des Pächters zu gelten; denn die Pacht hierin keinen Unterschied von der Miete.

Gegenstand der Vollstreckung ist bei der Miete nicht etwa das ganze Mietverhältnis als einheitlicher Komplex von Rechten und Pflichten,[5]) sondern nur das

---

[1]) Vgl. hierzu besonders Paech im Arch. f. bgl. R. 26, 7 ff.

[2]) Wohl aber kann es vorkommen, daß das Gebrauchsrecht an einer gemieteten Sache zwar selbständig gepfändet, aber gemeinsam mit einem Nutzungsrecht demselben Zwangsverwaltungsverfahren unterworfen wird. Man denke an den Fall, daß ein Nießbrauch an einem Grundstück durch Zwangsverwaltung zur Befriedigung des Gläubigers verwandt werden soll, auf dem ein landwirtschaftliches Gewerbe betrieben wird, und daß dazu landwirtschaftliche Maschinen verwandt werden, die von dritter Hand gemietet sind. Dann würde es sich empfehlen, das Gebrauchsrecht an den Maschinen gleichzeitig mit dem Nießbrauch zu pfänden und der Zwangsverwaltung zu unterwerfen.

[3]) Denn auch § 857 V bezieht sich zunächst nur auf absolute Rechte.

[4]) Die im Folgenden zitierte Literatur bezieht sich auf die Miete. Wo nach Ansicht des betreffenden Schriftstellers das Entsprechende von der Pacht nicht gelten soll, ist dies besonders hervorgehoben.

[5]) Das scheint OLG Frankfurt, im „Recht" 1902, 588 Nr. 2666 anzunehmen.

Recht des Mieters auf Gebrauch der gemieteten Sache. Dieses Gebrauchsrecht des Mieters erschöpft sich im wesentlichen in dem Anspruch auf Duldung der fremden Gebrauchsausübung; nur als Nebenansprüche kommen solche auf ein positives Leisten des Vermieters in Frage (z. B. Anspruch auf Ausbesserungen).

Da § 851 I ZPO die Pfändbarkeit eines relativen Rechtes von dessen Übertragbarkeit abhängig macht, so ist zunächst zu untersuchen, ob das Gebrauchsrecht des Mieters übertragbar ist. Steht dieses fest, so folgt seine Pfändbarkeit ohne weiteres aus § 851 ZPO.[6])

Ein Einwand gegen die Pfändbarkeit dahingehend, daß das Gebrauchsrecht des Mieters nur eine Teilbefugnis eines ganzen Komplexes von Befugnissen in der Hand des Mieters sei und infolgedessen nicht losgerissen und getrennt übertragen werden könne, läßt sich nicht aufrecht erhalten. Es ist in der Literatur unbestritten, daß auch Teilbefugnisse eines synallagmatischen Rechtsverhältnisses selbständig übertragen werden können.[7]) Es steht deshalb nichts im Wege, das Recht des Mieters auf Gebrauchsüberlassung selbständig zu pfänden, ohne daß im übrigen das Mietverhältnis zwischen Mieter und Vermieter dadurch berührt wird, wenn nur sonst das Gebrauchsrecht des Mieters übertragbar ist. Ob dies der Fall ist, ist näher zu untersuchen.

§ 549 I BGB bestimmt, daß der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt sei, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiter zu vermieten. Es ist ebenso wenig richtig, § 549 auf die Abtretung der Mietrechte zu beschränken[8]), als zu behaupten, § 549 meine nur die reine tatsächliche Überlassung[9]). Die Fassung von § 549: „berechtigt, den Gebrauch einem Mieter zu überlassen" ist so farblos, daß hierunter sowohl die rein tatsächliche, als auch die auf Grund der Abtretung der Mieterrechte beruhende Gebrauchsüberlassung verstanden werden kann. Beides ist nur zulässig

[6]) Die Pfändbarkeit des Gebrauchsrechtes des Mieters kann sich nur auf § 851 ZPO gründen, nicht auf § 857 III. (so speziell vom Jagdpachtrecht: Frommhold 212). Denn wenn die Gebrauchsüberlassung gestattet ist, ist das Gebrauchsrecht übertragbar; ist sie nicht gestattet, so ist es unübertragbar und zugleich unüberlaßbar im Sinne von § 857 III ZPO.

[7]) Vgl. hierzu Staudinger Bd. II 1 A. 2e zu § 398; RG im „Recht" 1911, Nr. 1883.

[8]) So Paech 12, Oertmann A. 2 zu § 549.

[9]) So Mittelstein im „Recht" 1911, 576 ff.; derselbe, Miete, 568; vgl. die dort zitierte Literatur.

mit Erlaubnis des Vermieters. Fehlt die Erlaubnis des Vermieters, so ist das Gebrauchsrecht unübertragbar.[10]) Daß die Erlaubnis des Vermieters in jedem Einzelfall nötig sei, ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen; es genügt, daß die Gebrauchsüberlassung generell gestattet ist. Es geht entschieden zu weit[11]), wenn man sagt, daß auch dann, wenn der Mieter von der Erlaubnis Gebrauch machen will, dies noch immer Sache des persönlichen Vertrauens sein solle.[12]) Wenn einmal der Vermieter auf dem Standpunkt steht, daß er die Gebrauchsüberlassung an Dritte gestattet, pflegt es ihm ziemlich gleichgültig zu sein, wer der Dritte ist; aus dem Mietverhältnis haftet ihm der Mieter und deshalb hat nur diese Person für ihn Interesse. Die Erlaubnis des Vermieters — sie mag für den bestimmten Fall oder nur generell erteilt sein — macht das Gebrauchsrecht des Mieters übertragbar.

Da nach § 851 ein Forderungsrecht insoweit pfändbar ist, als es übertragbar ist, so ist das Gebrauchsrecht auch nur unter der Voraussetzung der Pfändung unterworfen, daß die Erlaubnis des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung an Dritte vorliegt.[13])

Was vom Gebrauchsrecht des Mieters gilt, gilt auch vom Gebrauchs- und Fruchtgenußrecht des Pächters: es ist übertragbar und deshalb pfändbar mit

---

[10]) Und zwar nicht nur relativ, wie Paech a. a. O. annimmt, sondern absulut.

[11]) Ebenso Paech 13.

[12]) So Mittelstein, Miete, 572; Niendorff 282 unter h; Oertmann A. 3d zu § 549; Planck A. 2b zu § 549; OLG Dresden im Sächs. Arch. f. Rechtspfl. (Lessing) 1,60.

[13]) Die Pfändbarkeit des Gebrauchsrechts des Mieters kann als herrschende Meinung gelten. Vgl. Planck Bd. II A. 7 zu § 549; Staudinger A. X zu § 549; Stein Nr. 48 zu § 857; Petersen-Anger A. 5c zu § 857; Seuffert N. 1 Abs. 2 zu § 857; Struckmann-Koch A. 3 zu § 851; Fitting 610 A. 3; Falkmann 802; Mittelstein 600; Niendorff 280; Brückner 100; Oertmann A. 8 zu § 549; LG Halle in Ztschr. f. Dsch. Ziv.-proz. 31, 111 f; LG I Berlin i. KGBl 13, 61; KG in Rsp. 19,22; OLG Frankfurt im „Recht", 588 Nr. 2666. RG in Bolze 8, 1012 und RG 37, 421 (beide noch vor Geltung des BGB) bejahen die Pfändbarkeit der Mietrechte, ohne daß zu erkennen wäre, unter welchen Voraussetzungen. Dernburg II 170 läßt nicht genau erkennen, ob er die Pfändbarkeit der Mietrechte überhaupt leugnet oder nur bei Mangel der Erlaubnis des Vermieters. Ohne Begründung erklären die Mietrechte für unpfändbar Kohler Bgl. R. II 1. S. 318, Siméon I, 444; RG 70, 229. LG I Berlin in KGBl 09, 17 leugnet die Zulässigkeit der Pfändbarkeit, weil es dem Vertragswillen des Vermieters widerspreche, daß ein beliebiger Dritter in den Besitz der Mietsache gesetzt werde.

Erlaubnis des Verpächters.[14]) Der Entwurf zur Novelle der ZPO von 1898 wollte das Pachtrecht auch mangels der Erlaubnis des Verpächters für pfändbar und der Zwangsverwaltung unterworfen erklären. Die Reichstagskommission hat aber diesen Vorschlag abgelehnt, weil es an einem Bedürfnis dazu fehle.[15]) So ist es dabei geblieben, daß das Pachtrecht hinsichtlich seiner Pfändbarkeit dem Mietrecht gegenüber keine Sonderstellung einnimmt. — Wie bei der Miete, so genügt es auch hier, daß die Erlaubnis des Verpächters generell erteilt war.

Ist die Pfändung und Anordnung der Zwangsverwaltung des Pachtrechtes erfolgt, so hat der Zwangsverwalter theoretisch nur Befugnisse des Gläubigers auszuüben, nämlich die Summe der im Gebrauchs- und Fruchtgenußrecht des Pächters eingeschlossenen Befugnisse. Wohl unterliegen die Befugnisse den Beschränkungen, denen sie bei der Ausübung durch den Pächter unterliegen; im übrigen übernimmt der Verwalter aber keine Pflichten gegenüber dem Verpächter. Dies gilt insbesondre von der Pflicht zur Entrichtung des Pachtzinses. Aus praktischen Gründen wird es sich allerdings empfehlen, dem Verwalter — am besten schon in der Instruktion — die Zahlung des Pachtzinses aufzutragen, und der Pfändungsgläubiger wird gegen solche Anordnung verständigerweise nichts einwenden. Denn es besteht sonst die Gefahr, daß der Verpächter überhaupt keinen Pachtzins erhält — denn dadurch, daß dem Pächter-Schuldner die Erträgnisse entzogen werden, wird ihm vielleicht die letzte Möglichkeit genommen, den Zins zu zahlen —, und daß der Verpächter deshalb das Pachtverhältnis kündigt. Dann würde dem Gläubiger dieses Exekutionsobjekt verloren gehen. Er hat also selbst Interesse an der Fortentrichtung des Pachtzinses und wird sie freiwillig auf sich nehmen, indem er einer entsprechenden Anordnung an den Verwalter keinen Widerstand entgegensetzt.

II. Der Nießbrauch. Die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung des Nießbrauchs gründet sich, da dieser ein unveräußerliches absolutes Recht ist, auf § 857 III IV. Aus praktischen Gründen kommt für eine Zwangsverwaltung vor allem in Frage der Nießbrauch an einem Grundstück, an

[14]) AA. Staudinger A. IV 3b β zu § 851, der inkonsequenterweise die Pfändbarkeit des Mietrechtes bejaht. Fuld 168 leugnet die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit der Mietrechte, nicht aber die des Pachtrechts, bei der er die Anordnung einer Verwaltung für möglich hält.

[15]) Vgl. Motive zu § 749a des Entwurfs zur Novelle und Kommissionsbericht 210.

Rechten und der Nießbrauch an einem Vermögen oder an einem Erwerbs-, insbesondere an einem Handelsgeschäft. In allen Fällen richten sich die Pflichten und Befugnisse des Zwangsverwalters — abgesehen von denen, die sich aus seiner besonderen Stellung als Verwalter ergeben — ganz nach dem Inhalt des Rechtes. Für diesen ist das Bürgerliche Recht maßgeblich; eine nähere Schilderung gehört nicht hierher. Der Nießbrauch an Grundstücken und an Forderungen ist in §§ 1030—1067, 1068—1084 BGB näher geregelt. Den Nießbrauch am Vermögen bestimmt das BGB nicht als besondere Art des Dienstbrauchs[16]); insbesondere ist zur Bestellung des Nießbrauchs die Bestellung an allen einzelnen zum Vermögen gehörigen Gegenständen erforderlich. Das BGB trifft in §§ 1086—1088 nur besondre Bestimmungen über die Haftung für die Schulden. Im BGB gar nicht erwähnt ist der Nießbrauch an einem Handelsgeschäft. Auf ihn beziehen sich auch nicht die §§ 1085 ff. Denn diese gelten nur für das Vermögen im Ganzen oder seine Bruchteile, nicht für ein Sondervermögen.[17]) Aus dem HGB sind auch nur Vorschriften über das Recht der Firmenführung und die sich daraus ergebende Folgerung (analoge Anwendung von §§ 25, 26 HGB) zu entnehmen. Entscheidend ist hier für den Inhalt des Nießbrauchs in erster Linie der Bestellungsvertrag; soweit darin Rechte und Pflichten des Nießbrauchers bestimmt sind, hat sie der Zwangsverwalter auszuüben. Mangels besonderer Abmachungen sind im Zweifel Modifikationen von den Bestimmungen über den Nießbrauch an den einzelnen Gegenständen des Handelsgeschäfts vorzunehmen, die sich aus dem Zweck des Nießbrauchs am Handelsgeschäft ergeben.[18])

Ganz allgemein von jeder Art des Nießbrauchs ist zu sagen, daß der Zwangsverwalter nicht nur die Rechte des Nießbrauchers auszuüben hat, sondern auch die Pflichten. Er übt den Nießbrauch als solchen aus, nicht nur die aus ihm sich ergebenden Rechte[19]); denn er tritt in die sachenrechtliche Lage des Schuldners ein, wie er sie vorfindet.

Das Zwangsvollstreckungsverfahren endet, und mit ihm die Zwangsverwaltung, wenn der Nießbrauch endet, insbesondere also mit dem Tode des Nießbrauchers. Das

---

[16]) So Staudinger Vorbem. I vor § 1085 und A. 1a zu § 1085; a. A. Fuchs A. 2 zu §§ 1085—1088 BGB.

[17]) Staudinger A. 2 zu § 1085.

[18]) Vgl. hierzu insbesondere Düringer-Hachenburg A. 31 ff. zu § 25.

[19]) Vgl. hierzu RG 56, 390 f.

Gericht hat in solchem Falle die Aufhebung des Verfahrens von Amts wegen zu verfügen (vgl. unten §12).

III. Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung stützt sich auf § 857 III IV. Die Übertragbarkeit und infolgedessen die Pfändbarkeit hängt davon ab, daß die Überlassung der Ausübung an Dritte gestattet ist (§ 1092 S. 2 BGB). Diese Gestattung ist, damit sie auch gegen Dritte Wirksamkeit erlangt, im Grundbuch einzutragen. Das ergibt sich aus § 873 BGB[20]); denn die Gestattung stellt sich dar als eine rechtgeschäftliche Bestimmung des Grundbuchinhaltes[21]).

Für die Zwangsverwaltung kommen besonders solche beschränkte persönliche Dienstbarkeiten in Betracht, deren Inhalt gerichtet ist auf Ausbeutung der Bodenbestandteile eines Grundstückes, vor allem auf den Abbau von Mineralien.[22])

Nach preußischem Recht kann den Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden der Abbau solcher Mineralien, die nicht unter das Berggesetz vom 24. Juni 1865 fallen: Salz, metallische Mineralien, Kohlen usw. sind darnach hiervon ausgenommen.[23])

Nach dem Recht des Königreich Sachsens gilt das Entsprechende. Bezgl. aller dem Allgemeinen Berggesetz vom 16. Juni 1868 unterliegenden Mineralien, nämlich Metalle, Stein- und Braunkohlen[24]), kann keine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden. Dem Abbau der sonstigen Bodenschätze in dieser Rechtsform stehen, soweit sie in „Steinbrüchen" gewonnen werden, die Bestimmungen des Ablösungsgesetzes vom 17. März 1832

---

[20]) Ebenso Falkmann 808 Nr. 22; Predari 441; a. A. Fuchs zu § 1092 BGB.

[21]) So Predari a. a. O.

[22]) Die Bestimmung des a 68 EGBGB, worin für Rechte auf Abbau nicht den bergrechtlichen Vorschriften unterliegender Mineralien auf § 1017 BGB verwiesen wird, und demnach für diese Rechte die Vorschriften über Grundstücke für anwendbar erklärt werden, gilt nur für solche Rechte, für die das Landesrecht besondre Rechtsformen zur Verfügung stellt. Außer in diesen Rechtsformen ist aber die Bestellung eines Abbaurechtes solchen Inhalts auch als Dienstbarkeit möglich, soweit dies nicht durch Landesrecht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

[23]) Vgl. Förster-Eccius III 360; ferner KG in Entsch. in Angel. d. fr. G. 7, 254 ff.; Neumanns Jahrb. 6, 402; KG in Rspr. 14, 88. — Ein zeitlich begrenztes Kohlenabbaurecht kann nur als beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden, da die zeitliche Beschränkung dem Abbaurecht den Charakter einer selbständigen Gerechtigkeit im Sinne von § 2 des Gesetzes vom 22. Februar 1869 nimmt. (So KG in Rspr. 10, 413.)

[24]) Vgl. §. 2 des Gesetzes.

§ 101e und des Nachtragsgesetzes vom 15. Mai 1851 § 23 entgegen.[25])

Für die Zwangsverwaltung geeignet sind auch solche beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, deren Inhalt ein Fischereirecht[26]) oder ein Jagdrecht[27]) bildet, soweit eine Dienstbarkeit dieses Inhalts nicht nach Landesrecht[28]) ausgeschlossen ist.

IV. Die Urheberrechte. Der Zwangsvollstreckung unterworfen und zur Zwangsverwaltung auf Grund § 857 I und § 844 ZPO[29]) geeignet sind auch das Urheberrecht an Mustern und Modellen (Gesetz vom 11. Januar 1876), an Gebrauchsmustern (Gesetz vom 1. Juni 1891), an Werken der Literatur und Tonkunst (Gesetz vom 19. Juni 1901) und an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Gesetz vom 9. Januar 1907), sowie das Verlagsrecht[30]) (Gesetz vom 19. Juni 1901).

Die Pfändbarkeit des Urheberrechts an Werken der Literatur und Tonkunst und an Werken der bildenden Künste und Photographie ist, unter einer gleich zu erwähnenden Voraussetzung, in § 10 Lit UG und § 14 KunstUG ausdrücklich ausgesprochen. Für die übrigen Urheberrechte und das Verlagsrecht ergibt sie sich aus ihrer Übertragbarkeit, die aus § 3 MustG, aus § 7 GebrMustG und aus § 28 VerlG[31]) hervorgeht.

Nach § 10 LitUG und § 14 KunstUG sind die Urheberrechte an Werken der Literatur und Tonkunst bez. an

---

[25]) Darnach sind alle Dienstbarkeiten, die auf die Benutzung von Steinbrüchen gerichtet waren, zunächst der Ablösung unterworfen worden. Soweit diese bis 1851 nicht beantragt worden ist, sind sie in persönliche Dienstbarkeiten umgewandelt worden, und deren Erlöschen ist spätestens auf den 1. Januar 1884 festgesetzt worden. Aus der so verfügten Beseitigung jener Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ist die Unzulässigkeit ihrer Neubegründung herzuleiten; vgl. Kloß 305 und 309 u.

[26]) Die Möglichkeit der Bestellung einer Dienstbarkeit an Privatflüssen steht außer Zweifel. So Turnau-Förster 561; RG 53, 99.

[27]) Vgl. Frommhold 202.

[28]) So z. B. für das Jagdrecht nach § 18 des Sächsischen Gesetzes vom 25. November 1858.

[29]) Nicht auf § 857 IV, wie Wertheimer 359 annimmt; denn § 857 IV gilt nur von unveräußerlichen Rechten.

[30]) Gemeint ist das Verlagsrecht als absolutes Recht. Davon zu unterscheiden ist die Pfändung obligatorischer Verlegerrechte gegenüber dem Verfasser. Hier ist der Verfasser Drittschuldner und ihm folglich der Pfändungsbeschluß zuzustellen. Die Pfändung ist dann nach § 857 I in Verbindung mit § 829 III erst mit der Zustellung an den Verfasser bewirkt (so Riezler 363).

[31]) Vgl. auch § 36 Verl. G.

Werken der bildenden Kunst und der Photographie nur pfändbar mit Einwilligung des Urhebers. Diese kann formlos erteilt werden und ist vor Erlaß des Pfändungsbeschlusses dem Vollstreckungsgericht nachzuweisen. Ist das Urheberrecht bereits auf einen Erben übergegangen und das Werk bereits erschienen (§ 10 LitUG, § 14 KunstUG), so ist es ohne weiteres pfändbar. Das Gebrauchsmusterrecht und das Geschmacksmusterrecht sind ohne jede Einwilligung der Pfändung unterworfen, beide aber erst von dem Moment an, wo die Anmeldung zur Gebrauchsmusterrolle bez. zum Musterregister erfolgt ist, weil sie erst in diesem Augenblick zu Vermögensrechten werden; ausnahmsweise entstehen sie schon früher und werden dann auch schon vor der Anmeldung pfändbar, wenn sie nämlich vorher auf einen Dritten übertragen worden sind.[32]) Die Pfändbarkeit des Verlagsrechtes ist von der Zustimmung des Verfassers abhängig, da das Verlagsrecht nur unter dieser Voraussetzung übertragbar ist (§ 28 VerlG).[33])

Der Pfändung unterliegen an sich auch die Fälle der Rechtsnachfolge, wo nur ein aus dem Urheberrecht abgeleitetes Teilrecht, z. B. das Aufführungsrecht, übertragen worden ist. Vielfach wird allerdings eine Weiterübertragung auf Vereinbarung hin oder den Umständen des Falles nach ausgeschlossen und deshalb auch die Pfändung nach § 857 I und 851 ZPO unstatthaft sein[34]), regelmäßig dann, wenn eine stehende Bühne ein Aufführungs-

---

[32]) Bezüglich des Geschmacksmusterrechts Allfeld A. 3 zu § 3 MustG; bezüglich der Übertragbarkeit des Gebrauchsmusterrechtes vor der Anmeldung vgl. Allfeld 2b aa zu § 7 GebrMustG.

[33]) Durch die Pfändung erlangt der Gläubiger natürlich noch keinerlei Befriedigung. Dazu bedarf es noch eines begrifflich selbständigen Verwertungsaktes, und zwar in unserm Falle der Anordnung der Zwangsverwaltung. Nach Hoeniger 437/38 wird schon durch den Pfändungsbeschluß die zwangsweise Übertragung der Rechte des Verlegers (Schuldners) auf den Pfändungsgläubiger herbeigeführt; aber der Gläubiger dürfe ohne Zustimmung des Vollstreckungsgerichtes (unter Berufung auf § 857 IV) nicht vervielfältigen und verbreiten, und das Vollstreckungsgericht wieder sei seinerseits an die Genehmigung des Verfassers gebunden, mangels deren es nur eine Verwaltung anordnen dürfe. — Damit ist der theoretische Zusammenhang ganz verschoben. Die Zustimmung des Verfassers bildet eine Voraussetzung der Pfändung, und nicht schon mit der Pfändung wird das Verlagsrecht auf den Pfändungsgläubiger übertragen (es gibt ja noch andre Verwertungsarten!), sondern dazu bedarf es eines besonderen Verwertungsaktes. Ist die Pfändung vorgenommen, so bedarf es zur Vervielfältigung und Verbreitung auch nicht mehr einer Zustimmung des Gerichtes oder des Schuldners.

[34]) So Riezler 302/03; Allfeld A. 3 zu § 10 LitUG.

recht an einem Bühnenwerk erwirbt. Hier darf das Teilrecht immer als mit Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit des Erwerbers übertragen gelten.[35]) Es handelt sich in solchen Fällen nicht um eine Übertragbarkeit kraft Vertrags, sondern die Unübertragbarkeit beruht hier unmittelbar auf dem Wesen des Urheberrechtes.[36]) Die Zwangsvollstreckung läßt sich deshalb auch nicht auf § 857 III IV gründen, denn von einer Überlassung der Ausübung des Rechtes selbst kann in solchen Fällen ebensowenig die Rede sein, da sie in ihrer Wirkung der Übertragung des Rechtes selbst gleich käme.[37])

Das Pfändungspfandrecht und infolgedessen auch die Zwangsverwaltung ergreift das gepfändete Urheberrecht nur insoweit, als dieses noch der schuldnerischen Verfügungsgewalt unterstand. Hatte also der Schuldner bereits einem Dritten das ausschließliche Aufführungsrecht übertragen, so bleibt diese aus dem Urheberrecht abgeleitete und nun selbständige Teilbefugnis in der Hand des Dritten bestehen; sollte dessen Recht durch eine Vollstreckungsmaßregel in Mitleidenschaft gezogen werden, so steht diesem die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO zu.[38])

Zur Anordnung der Zwangsverwaltung[39]) bedarf es hier, wie auch im übrigen, nicht einer vorhergehenden Überweisung zur Einziehung.[40]) Diese ist bei Nutzungsrechten mangels Leistungspflicht überhaupt ausgeschlossen, und außerdem ist die Zwangsverwaltung eine selbständige Verwertungsart, die mit der Überweisung zur Einziehung nichts zu tun hat.

Die Zwangsverwaltung des Immaterialgüterrechts bildet gegenüber der Zwangsvollstreckung in das diesen Rechten zugrunde liegende Werk im materiellen Sinne (Manuskript, Modell, Partitur usw.) den Vorteil einer wesentlich ausgiebigeren Befriedigung. Denn da die Zwangsvollstreckung in das Werk sich in der Form der Zwangs-

[35]) So Riezler a. a. O.

[36]) Ebenso Allfeld a. a. O.

[37]) Allfeld im allgemeinen zustimmend; a. A. bez. des Aufführungsrechtes, a. a. O., und bez. des Verlagsrechtes A. 10 zu § 28 VerlG; a. A. bez. des Verlagsrechtes ferner Riezler a. a. O., und scheinbar auch Hoeniger 437, wenn er sagt: „Die Zwangsvollstreckung in Verlagsrechte an einzelnen bestimmten Büchern, Zeitschriftennummern, einzelnen Beiträgen, findet unbeschränkt statt, gleichgültig, ob die Übertragung des Verlagsrechtes ausgeschlossen ist oder nicht (§ 857 III ZPO)."

[38]) Vgl. Riezler 305.

[39]) Kaiser 213 spricht ungenau von der Bestellung eines Sequesters, Wertheimer 359 von Sequestration. Vgl. oben unter § 1.

[40]) A. A. Kaiser 213.

vollstreckung in körperliche Sachen nach §§ 808 ff. ZPO vollzieht, besteht der Ertrag lediglich in dem Materialwert des Werkes, also in dem Wert als Autogramm (beim Manuskript und der Partitur) oder dem Kunstwert (bei Werken der bildenden Kunst und der Photographie). Durch Verwertung des Urheberrechts dagegen wird der in diesem wurzelnde viel höhere wirtschaftliche Wert der Befriedigung des Gläubigers dienstbar gemacht.[41])

Das Verlagsrecht wird sich vor allem in Verbindung mit selbständig, aber gleichzeitig gepfändeten Verlagsrechten an anderen Literaturwerken zu einer gemeinsamen Verwaltung eignen. Die Zwangsverwaltung wird dann mehr oder weniger die Form eines Handesbetriebes annehmen, nämlich eines Verlagsunternehmens. Das Verlagsunternehmen als solches ist aber nicht pfändbar[42]); denn unsere ZPO kennt keine Zwangsvollstreckung in wirtschaftliche Unternehmen als solche.

V. Das Patentrecht (Patentgesetz vom 7. April 1891). Die Pfändbarkeit des Patentrechts folgt nach § 857 I und § 851 I aus seiner Übertragbarkeit, die in §6 PatG unbeschränkt zugelassen ist. Die Pfändung ist aber erst zulässig, wenn das Patent angemeldet ist, denn solange das nicht geschehen, ist die Erfindung noch nicht zum Vermögensrecht geworden und deshalb unpfändbar; ausnahmsweise ist das Patentrecht schon vor der Anmeldung pfändbar und der Zwangsverwaltung unterworfen, wenn es in diesem Stadium auf einen andern übertragen und damit zum Vermögensrecht gestempelt worden ist.[43])

Das Pfändungspfandrecht ergreift natürlich das Patent nur mit den Beschränkungen, denen das Patent schon in der Hand seines Inhabers unterliegt. Hat dieser einem Dritten ein ausschließliches Lizenzrecht übertragen, so steht dem Dritten gegen Vollstreckungsmaßnahmen, die sein Recht berühren, insbesondere also gegen die Anordnung der Zwangsverwaltung, die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO zu.

Die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung[44]) des gepfändeten Patentrechtes beruht auf § 844 und § 857 I,

[41]) So zutreffend Riezler 306.
[42]) Vgl. RG 68, 49 und oben § 2 III.
[43]) Ebenso Allfeld A. 7 zu § 6 PatG.
[44]) Die Zulässigkeit einer Zwangsverwaltung des Patentrechtes bejahen, meist ohne nähere Angaben: Falkmann 827 f.; Hirsch 218, 266; Kohler PatG. 529; vgl. auch Riezler 303, wo von Urheberrechten im allgemeinen gesprochen wird, unter die der Verfasser (vgl. S. 2/3) auch die Erfinderrechte rechnet; ferner Wertheimer 359 o.

nicht aber auf § 857 IV[45]), da das Patent übertragbar ist. Vor den anderen Verwertungsarten, insbesondere der Veräußerung oder Versteigerung des Patentes, bietet die Zwangsverwaltung den Vorteil, daß man nicht auf ein genügend hohes Gebot eines Interessenten zu warten braucht, sondern, vielleicht mit nur geringem Betriebskapital, sehr rasch für seine Forderung Befriedigung erlangt aus der Herstellung und dem Vertrieb des patentierten Artikels, der infolge der Monopolstellung des Patentinhabers möglicherweise recht hohe Erträgnisse abwirft.

Pfändbar und für die Zwangsverwaltung geeignet ist übrigens auch das Lizenzrecht, das einem Dritten ein Benutzungsrecht an der Erfindung gewährt.

VII. Landesrechtliche Nutzungsrechte. Als Objekte einer Zwangsverwaltung kommen auch in Betracht die Rechte des Fideikommisinhabers, des Vasallen (EGBGB a 59), Emphyteuse und Superfizies des bisherigen Rechtes (EGBGB a 184), Jagd-[46])[47]), Berg-[46]), Fischereirechte[46]), Realgewerbeberechtigungen (GO § 48), vorausgesetzt, daß diese Rechte nicht nach Landesrecht zum unbeweglichen Vermögen gerechnet werden.

---

[45]) So Wertheimer a. a. O.

[46]) S. o. unter Nr. III.

[47]) Über das Jagdrecht des preußischen Rechts vgl. besonders Wurzer in Gruchot 54, 354 ff.

§ 4.

C. Die Pfändung, als Vorstadium der Zwangsverwaltung, und ihre Besonderheiten bei den Nutzungsrechten.

I. Die Pfändung als Voraussetzung der Zwangsverwaltung. Im Gebiet der Zwangsvollstreckung in Rechte lassen sich zwei scharf zu sondernde Akte des Gerichtes unterscheiden: die Pfändung und die Verwertung, und ihnen entsprechend ihre Erscheinungformen: Pfändungsbeschluß und Verwertungsbeschluß. Beide können und werden meist miteinander verbunden sein. Die Pfändung entzieht den Gegenstand der Gewalt des Schuldners, insbesondere seiner Verfügungsgewalt, und unterwirft ihn der Gewalt des Gerichts. Sie bildet die Voraussetzung und den Träger der gerichtlichen Verwertungsakte. Ihre Wirkung ist das Pfändungspfandrecht des Gläubigers, das diesem ein Recht auf Befriedigung der gepfändeten Sache gewährt mit Ausschlußcharakter gegenüber späteren Rechten Dritter an der Sache. Durch den Verwertungsbeschluß wird die Art und Weise bestimmt, in der das Recht zur Befriedigung des Gläubigers verwandt werden soll.

Die Zwangsverwaltung ist ein Akt der Verwertung: ein Recht wird durch einen Verwalter zwangsweise ausgeübt, der die Erträgnisse dem Gläubiger solange zuführt, bis dieser für seine Geldforderung Befriedigung gefunden hat. Als Akt der Verwertung setzt sie die Pfändung voraus. Auch hier kann der Pfändungsbeschluß mit dem Verwertungsbeschluß verbunden werden; nicht dagegen kann die Anordnung der Pfändung überhaupt unterbleiben und sich das Gericht mit der Anordnung der Zwangsverwaltung begnügen. Es bedarf also eines vorher oder gleichzeitig ergehenden Pfändungsbeschlusses.

II. Die Gestalt des Pfändungsbeschlusses. Nach § 851 I sind die vorhergehenden Bestimmungen anzuwen-

den. Für den Pfändungsbeschluß ist also § 829 maßgeblich.

§ 829 I 1 schreibt das Verbot an den Drittschuldner vor, an den Schuldner zu leisten. Bei relativen Nutzungsrechten, insbesondere der Pacht, ist der Verpächter Drittschuldner, insofern er verpflichtet ist, den Gebrauch und Fruchtgenuß des Schuldners zu dulden. Daraus daß er ein Schulden duldet, folgt aber, daß der Pfändungsbeschluß nicht ein Verbot der Leistung, gerichtet an den Eientümer-Drittschuldner, enthalten kann. Denn abgesehen von Nebenleistungen, hat er überhaupt nichts zu leisten. sondern er ist eben nur zur Duldung verpflichtet. Wollte man ihm die Duldung des Gebrauchs und Fruchtgenusses verbieten, so würde das dem Gebote gleichkommen, sich gegen den Gebrauch und Fruchtgenuß seitens des Pfändungsschuldners mit Gewalt zu wehren. Es liegt auf der Hand, daß solches Verhalten dem Verpächter billigerweise nicht zugemutet werden kann. — Außerdem ist hier der Gesichtspunkt zu berücksichtigen, daß das Verbot der Leistung, gerichtet an den Drittschuldner, wohl dann eine Bedeutung hat, wenn durch die Leistung das Forderungsrecht des Pfändungsschuldners erlischt, nicht aber in den Fällen, wo, wie hier, der Drittschuldner ein permanentes Dulden schuldet und die Erfüllung dieser Schuld das Forderungsrecht bestehen läßt.[1])

Aus diesen Gründen wird man ein Verbot an den Drittschuldner-Verpächter in dieser Form nicht in den Pfändungsbeschluß aufnehmen dürfen. Wohl aber kann man dem Verpächter verbieten jede Beeinträchtigung des Rechtes, oder positiv gesprochen, man kann ihm die Duldung der Ausübung des schuldnerischen Nutzungsrechtes durch den Verwalter und innerhalb der Schranken des Pachtvertrages gebieten. Auf alle Fälle ist ihm der Pfändungsbeschluß zuzustellen.

Nach § 829 I 2 ist ferner das Gebot an den Schuldner zu erlassen, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten. Dieses Verbot behält natürlich auch für die Pfändung der für die Zwangsverwaltung geeigneten Nutzungsrechte seine Gültigkeit.[2]) Denn durch die Verfügung über das Recht würde dessen Zwangsverwaltung vereitelt werden. — Ist ein Pachtrecht gepfändet, so

---

[1]) Ebenso Paech 25/26.

[2]) Allerdings ohne den Zusatz „insbesondre der Einziehung", wie es in § 829 I vorgesehen ist. Denn der Drittschuldner-Eigentümer schuldet keine Leistung, die der Schuldner einziehen könnte, sondern nur ein Dulden. Vgl. hierzu Paech 24 f.

würde eine Verfügung nicht nur darin zu erblicken sein, wenn der Mieter sein Gebrauchsrecht abtreten wollte, sondern es würde auch eine Verfügung bedeuten, wenn er das Pachtrecht kündigen wollte. Durch die Kündigung endet das Pachtverhältnis im ganzen und das Gebrauchs- und Fruchtgenußrecht im besonderen, und deshalb ist darin eine Verfügung über das Gebrauchs- und Fruchtgenußrecht zu erblicken.[3]) — Das Verbot, sich jeder Verfügung zu enthalten, hat auch für die unveräußerlichen Rechte des § 857 III Bedeutung. Eine Verfügung, die in der Veräußerung des Rechtes bestünde, ist hier allerdings ausgeschlossen. Doch steht dem Rechtsinhaber auch hier die Möglichkeit offen, durch Verzicht das Recht zum Erlöschen zu bringen. Damit würde dann auch die Zwangsverwaltung ihr Ende finden, und deshalb ist auch bei den unveräußerlichen Rechten dem Schuldner zu verbieten, über das Recht zu verfügen, insbesondere durch Verzicht,[4])

III. Der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Pfändung. Soweit ein Drittschuldner vorhanden ist, wie bei der Pacht, ist nach § 829 III die Pfändung „als bewirkt anzusehen" (besser: „bewirkt", denn es handelt sich hier nicht um eine Fiktion), wenn der Pfändungsbeschluß dem Drittschuldner zugestellt ist. Für die absoluten Nutzungsrechte dagegen, wie Nießbrauch und Urheberrechte, gewinnt § 857 II Bedeutung: Die Pfändung wird in dem Moment wirksam, wo das Verfügungsverbot dem Rechtsinhaber-Schuldner zugestellt ist. Bei den Nutzungsrechten an fremder Sache, einschließlich der Pacht, aber kann die Pfändung schon vor der Zustellung an Drittschuldner oder Schuldner wirksam werden, nämlich im Moment der Übergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter (§ 857 IV 2). Besonders in Fällen, wo der Beschluß, durch den die Zwangsverwaltung angeordnet wird, zugleich mit dem Pfändungsbeschluß ergeht, wird häufig der Zwangsverwalter eher zur Besitzergreifung der fruchttragenden Sache schreiten, als der Pfändungsbeschluß dem Drittschuldner-Eigentümer bez. dem Rechtsinhaber-Schuldner, die vielleicht vom Orte dieser Sache entfernt wohnen, zugestellt werden kann.

IV. Besonderheiten der Pfändung beim Miet- und Pachtrecht. Bei der Pfändung des Mietrechtes knüpft sich eine Streitfrage an den Fall, daß der pfändende Gläu-

[3]) AA. Paech 24 f.
[4]) Darüber, wie solchem Verzicht auf unveräußerliche, im

biger zugleich Drittschuldner-Vermieter ist.[5]) Kann dieser durch seinen bloßen Pfändungsantrag das Mietrecht pfändbar machen?

Bei der Lösung dieses Problems ist von dem legislativpolitischen Zweck auszugehen, der der Bestimmung in § 549 I BGB zugrunde liegt: die Gebrauchsüberlassung ist von der Erlaubnis des Vermieters abhängig gemacht lediglich im Interesse des Vermieters. Er soll dagegen geschützt sein, daß ein beliebiger Dritter den Besitz und Gebrauch der Sache erlangt, die er dem Mieter gerade mit Rücksicht auf seine persönliche Vertrauenswürdigkeit vermietet hat. Dasselbe gilt, wenn es sich darum handelt, daß ein beliebiger Dritter das Mietrecht pfänden will. Dann erfordert es erst recht das Interesse des Vermieters, daß die Pfändung des Rechtes nicht ohne seine Erlaubnis erfolgt. Ganz anders dagegen, wenn der Vermieter selbst als Pfändungsgläubiger auftritt und den Antrag auf Pfändung des Gebrauchsrechtes stellt. Dann entfällt das Schutzmoment, dem die Bestimmung in § 549 I 1 BGB entspringt, vollständig. Nicht als ob sein Pfändungsantrag eine „Erlaubnis" involvierte; denn es ist durchaus zutreffend: eine „Erlaubnis", die einer fremden Initiative entstammt, um die niemand nachsucht, und die nicht im Interesse dessen liegt, dem sie erteilt wird, ist keine Erlaubnis. Der Grund, daß der bloße Pfändungsantrag des Vermieters genügt, liegt vielmehr darin, daß hier der legislativpolitische Zweck, um dessen willen die Abtretung und Pfändung von der Erlaubnis des Vermieters abhängig gemacht ist, wegfällt und mit ihm auch die Notwendigkeit einer Erlaubnis: das Mietrecht ist in diesem Spezialfall ohne Erlaubnis pfändbar.

Gewiß bedeutet dies in gewissem Sinne eine Abweichung von der Regel, daß ein Recht nur insoweit pfändbar ist, als es übertragbar ist, insofern eben die Übertragbarkeit von der Erlaubnis des Vermieters abhängt. Aber diese Ausnahme erscheint erträglicher als die Konsequenz der anderen Anschauung, daß das Mietrecht in solchem Falle nur pfändbar sein solle mit Zustimmung des Mieter-

---

Grundbuch eingetragene Rechte die Wirkung gegen Dritte genommen wird, vgl. unten unter IV. — Ist ein Urheber- oder Erfinderrecht gepfändet, und der Rechtsinhaber-Schuldner läßt vom Amtsgericht bez. Patentamt einen Verzicht in die Gebrauchsmusterrolle, das Musterregister oder die Patentrolle eintragen, so kann der Pfändungsgläubiger beantragen, daß die Löschung wieder gestrichen wird. Durch die Löschung geht das materielle Recht nicht verloren. Vgl. Wertheimer a. a. O. 352.

[5]) Vgl. hierzu einerseits: Stein Nr. 50 zu § 857; Seuffert A. 1 Abs. 2 zu § 857; Mittelstein 600; KG in Rspr. 19, 22, und

schuldners, m. a. W. daß es unpfändbar ist, wenn nicht vorher schon vertragsmäßig die Überlassung an Dritte gestattet war. Damit würde dem Schuldner ein Recht eingeräumt, die Vollstreckung zu verhindern, das ihm nicht zukommt und dem Wesen der Zwangsvollstreckung als einer zwangsweisen Aktion gegen den Schuldner durchaus widersprechen würde. Wenn man die Notwendigkeit der Erlaubnis zur Pfändung des Mietrechtes seitens des Vermieters selbst leugnet, so bedeutet das auch nur eine formale Ausnahme der Regel, daß Rechte insoweit pfändbar sind, als sie übertragbar sind, denn der gesetzgeberische Zweck, demzufolge die Pfändbarkeit des Mietrechtes im allgemeinen von der Erlaubnis des Vermieters abhängig gemacht ist: der Schutz des Vermieters, wird dadurch, daß man in diesem Sonderfalle von der Voraussetzung absieht, nicht verletzt, sondern im Gegenteil, er gelangt dadurch nur noch zu höherer Geltung.

Eine weitere Streitfrage knüpft sich an den Erlaß des Pfändungsbeschlusses. Muß die Erlaubnis des Vermieters vor der Pfändung nachgewiesen werden, oder ist sie erst vor dem Verwertungsakt nachzuweisen? Es ist davon auszugehen, daß der Vollstreckungsrichter die Pfändbarkeit einer Forderung von Amts wegen zu prüfen hat. Bei der Pfändung des Mietrechtes ist nun die Pfändbarkeit abhängig vom Vorliegen der Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung seitens des Vermieters. Folglich muß vor Erlaß des Pfändungsbeschlusses die Pfändbarkeit des Mietrechtes festgestellt und infolgedessen die Erlaubnis des Vermieters nachgewiesen werden.[6]) Dieser Nachweis ist zweckmäßig mit dem Pfändungsantrag zu verbinden. Man kann dagegen auch nicht einwenden[7]), daß die Pfändung noch keine Gebrauchsüberlassung sei und deshalb ohne Nachweis der Erlaubnis zulässig sei. Abgesehen davon, daß die Pfändung das Mietrecht zur Verwertung bereit stellt und infolgedessen unselbständiger Natur ist, ist das entscheidende Gewicht nicht darauf zu legen, daß der Nachweis der Erlaubnis erst in dem Moment zu erbringen ist, wo zur Verwertung des Gebrauchsrechtes geschritten wird, sondern darauf, daß die Erlaubnis eine Voraussetzung der Pfändbarkeit und deshalb von Amts wegen vor der Pfändung zu prüfen ist. Heranzuziehen ist hier auch § 803 I ZPO, wonach die Pfändung nicht weiter ausgedehnt wer-

andrerseits: LG Halle in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 31, 111 f.; Paech 16/17.

[6]) Ebenso Paech 19; Stein Nr. 49 zu § 857; LG I Berlin in KGBl. 13, 61.

[7]) So Falkmann 802.

den darf, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist. Würde die Erlaubnis fehlen, so ließe sich das gepfändete Gebrauchsrecht nicht zur Befriedigung des Gläubigers verwerten, denn es wäre unübertragbar und unüberlaßbar; deshalb ist im Moment, wo die Pfändung ausgesprochen werden soll, das Vorliegen der Erlaubnis zu prüfen.

Die Lösung beider Streitfragen ist analog für das Pachtrecht: auch bei diesem ist der Pfändungsantrag des Verpächters hinreichend, und dessen Erlaubnis ist, soweit sie im übrigen erforderlich ist, vor der Pfändung nachzuweisen.

V. Welches ist der Gegenstand der Pfändung bei der Zwangsvollstreckung in die unveräußerlichen Rechte des § 857 III? Diese Frage ist bisher in der Literatur vielfach, aber nicht erschöpfend behandelt worden. Bei übertragbaren Rechten besteht kein Zweifel: das Recht selbst ist Gegenstand der Pfändung. Dagegen erheben sich Bedenken bei den unveräußerlichen Rechten, deren Ausübung einem andern überlassen werden kann. Die Vorschrift des § 851, wonach eine Forderung nur soweit der Pfändung unterworfen sein soll, als sie übertragbar ist (eine Regel, die analog ja auch von andern Vermögensrechten zu gelten hat, § 857 I), hat vielfach zu der Annahme geführt, daß bei einer Pfändung nach § 857 III nicht das unveräußerliche Recht selbst, sondern etwas anderes den Gegenstand der Pfändung bilde, und man hat ihn gesucht in einem „Recht auf Ausübung", „Ausübungsrecht", dem „überlaßbaren Inhalt" des Rechtes usw. In der Literatur[8]), für die auch die zivilistische in Frage kommt, weil der Gegenstand der Pfändung unveräußerlicher Rechte identisch ist mit dem Gegenstand des rechtgeschäftlichen Pfandrechts und des Nießbrauchs an diesen Rechten, ist das Problem zumeist speziell im Zusammenhang mit dem Pfandrecht und Nießbrauch am Nießbrauch behandelt worden, und deshalb soll der Nießbrauch, als Typus eines unveräußerlichen, aber überlaßbaren Rechtes auch zum Mittelpunkt unserer Erörterungen gewählt werden. Von den übrigen Rechten

[8]) Vgl. Protokolle zum BGB VI, 727; Westheimer a. a. O. 506; Predari 440; Güthe 416 und Achilles-Strecker 110 scheinen das Pfandrecht am Nießbrauch zu verwechseln mit dem Pfandrecht an dem durch die Überlassung der Ausübung begründeten Forderungsrecht, von dem Protokolle III 517 sprechen. Vgl. ferner Enneccerus-Kipp-Wolff II 1 402 A. 4, wo vom analogen Problem beim Nießbrauch am Nießbrauch gesprochen wird.

dieser Art hat dann das Resultat unserer Untersuchung entsprechend zu gelten.

Der erste Entwurf des BGB hatte die Veräußerung des rechtsgeschäftlichen Nießbrauchs grundsätzlich zulassen wollen (§ 1011 I). Die Kommission zweiter Lesung dagegen erklärte den Nießbrauch für unübertragbar, da das Verhältnis des Nießbrauchers zum Eigentümer in den Hauptfällen (so bei dem zugunsten des überlebenden Ehegatten testamentarisch angeordneten Nießbrauch) „ein familienrechtliches Gepräge, das einer persönlichen Vertrauensstellung" habe und sich „seiner Natur nach nicht zum Verkehrsgegenstand oder zur Kreditgrundlage eigne". Wohl aber gestattete die Kommission „eine obligatorisch wirkende Überlassung der Ausübung an einen andern." Dieser Vorschlag ist in § 1059 BGB Gesetz geworden und erhielt die Formulierung: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung kann einem andern überlassen werden." Eine Veräußerung des Nießbrauchs selbst liegt in solcher Überlassung der Ausübung nicht. Nießbrauchsberechtigt bleibt dem Eigentümer der belastenden Sache gegenüber immer nur der Nießbraucher; durch seinen Tod erlischt auch das Recht des Dritten. Es liegt ein ähnliches Verhältnis vor wie bei der Afterpacht: Der Afterpächter hat einen Anspruch auf Duldung des Gebrauchs und Fruchtgenusses nur gegenüber dem Pächter, zum Verpächter tritt er in keine Rechtsbeziehungen. Ebenso entsteht durch Überlassung der Ausübung zwar ein neues Rechtsverhältnis, das sich auf dieselbe Sache bezieht wie der Nießbrauch; der Dritte hat aber keinerlei Rechte gegenüber dem Eigentümer der belasteten und ihm überlassenen Sache, sondern lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher auf Duldung seines Gebrauches und Fruchtgenusses. Nicht wird ein „Recht auf Ausübung" [9]) auf den Dritten übertragen. Das Gesetz (§ 1059 BGB) spricht nicht davon, daß der Nießbraucher das „Recht auf Ausübung" übertragen darf, sondern es spricht von der Überlassung der Ausübung. Es entgeht

[9]) Jaeger, A. 39 zu § 1, stützt sich vor allem darauf, daß sich schon aus § 1056 BGB die Zulässigkeit einer Vermietung oder Verpachtung der belasteteten Sache ergebe, und diese nicht noch in einem späteren Paragraphen ausgesprochen sein könne. Dem gegenüber ist zu bemerken, daß § 1059, 2 nicht von einer Vermietung oder Verpachtung der belasteten Sache spricht, sondern von der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs, und daß § 1056 die Vermietung oder Verpachtung in ganz bestimmtem Zusammenhang erwähnt, ohne Rücksicht auf die systematische Anordnung des Stoffes. Die generelle Zulässigkeit der Überlassung der Ausübung ist dann erst in § 1059 ausgesprochen.

damit dem Vorwurf der Inkonsequenz, der es sonst mit Recht treffen würde; denn in der Übertragung des „Rechts auf Ausübung", wie sie nach gemeinem Recht für zulässig galt[10]), würde indirekt die Veräußerung des Nießbrauches selbst liegen, da der Dritte damit eine dingliche Rechtsstellung erlangen und der Nießbraucher sein „Recht auf Ausübung" verlieren würde. Gemeint ist aber gerade das Gegenteil: Das Recht auf Ausübung soll dem Eigentümer gegenüber stets beim Nießbraucher sein; dagegen soll es diesem möglich sein, sich obligatorisch zu verpflichten, die Ausübung des Nießbrauchs durch einen Dritten zu dulden.

Da der Nießbrauch unübertragbar ist, kann er auch nicht verpfändet werden. Denn die Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts an einem Recht setzt dessen Übertragbarkeit voraus (§ 1274 II BGB)[11])[12]). Der Grundsatz des materiellen Rechts, daß nur ein übertragbares Recht Gegenstand eines Pfandrechts sein kann, gilt entsprechend auch im Zivilprozeßrecht. Nach § 857 I und § 851 kann ein Recht nur insoweit gepfändet werden und also Gegenstand eines Pfändungspfandrechts sein, als es übertragbar ist. Dies ist die Regel. Das Gesetz hat sich aber nicht der Erkenntnis verschlossen, daß ein Recht ausnahmsweise[13]) auch dann für pfändbar erklärt werden kann, wenn es zwar unveräußerlich ist, seine Verwertung aber dadurch nicht ausgeschlossen, sondern auf andere Weise möglich ist. Damit werden im Interesse der Gläubiger des Nutzungsberechtigten Rechte der Zwangsvollstreckung zugänglich gemacht, die ihr sonst nach der allgemeinen Regel des § 857 und § 851 entzogen wären. Im Gesetz hat dies seinen Ausdruck gefunden in § 857 III: „Ein unveräußer-

[10]) Vgl. RG 16, 112.

[11]) Der Unterschied im Wortlaut zwischen § 1069 II und § 1274 II BGB hat keine rechtliche Bedeutung (ebenso Achilles-Strecker 110; Biermann A. 2 zu § 1069, S. 263.) Die Pfändbarkeit des durch die Überlassung der Ausübung begründeten Forderungsrechtes (vgl. Protokolle III 517; ferner Güthe A. 128 zu § 19, S. 416; Turnau-Förster A. 4 zu § 1274, S. 1100) ergibt sich nicht aus dem „insoweit ... als ..." des § 1274 II, sondern aus seiner Natur als Forderungsrecht und § 857 I in Verbindung mit § 851. Es ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch ein Nießbrauch an dem durch Überlassung der Ausübung entstandenem Forderungsrecht zulässig sein soll.

[12]) Natürlich kann eine Überlassung der Ausübung zu Pfandzwecken, aber mit rein obligatorischer Wirkung erfolgen. Vgl. hierzu Biermann A. 1 zu § 1274, S. 491.

[13]) Daß infolgedessen die Pfändung eines Rechts zulässig ist, dessen Verpfändung ausgeschlossen ist, hat nichts Außergewöhnliches an sich; andre Fälle dieser Art sind durch §§ 851 II, 859, 860 II ZPO gegeben.

liches Recht ist . . . der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem andern überlassen werden kann". Durch die Formulierung: „insoweit . . . als die Ausübung einem andern überlassen werden kann", wird nicht etwa eine Maßgabe der verordneten Pfändbarkeit hinzugefügt.[14]) Dieser Ausdruck hat vielmehr eine andere Bedeutung. Einmal wird dadurch der Kreis der pfändbaren Rechte erweitert und über den der übertragbaren Rechte hinaus ausgedehnt.[15]) Sodann soll dadurch die durch die Pfändung begründete Gewalt des Gerichts über die unveräußerlichen Rechte auf solche Verwertungsarten beschränkt werden, die sich im Rahmen der dem Nießbraucher selbst nach § 1059 BGB möglichen Überlassung der Ausübung bewegen. Es soll darin vor allem zum Ausdruck kommen, daß das Gericht das Recht nicht veräußern kann, weil es nach materiellem Recht unveräußerlich ist. Es handelt sich also bei dem Zusatz „insoweit . . . als . . ." nicht um eine der Pfändbarkeit, sondern der Verwertbarkeit des Rechts hinzugefügte Maßgabe. Darüber, was eigentlich Gegenstand der Pfändung ist, läßt sich aus dem Wortlaut des § 857 III nichts entnehmen. Dem Wortlaut darf in diesem Punkte überhaupt keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden. Über das Wesen der Pfändung und ihrer Wirkungen herrscht erst seit Steins Schrift „Grundfragen der Zwangsvollstreckung" vom Jahre 1913 Klarheit. Als die Bestimmung in § 857 III Gesetz wurde, war man sich jedenfalls darüber nicht im klaren, und so spricht der Wortlaut: „insoweit der Pfändung unterworfen, als . . ." zum mindesten nicht gegen unsere Annahme, daß hier nicht eine Beschränkung der Pfändbarkeit, sondern der Verwertbarkeit gegeben werden soll.

§ 857 III bildet also eine Ausnahme von der Regel, daß nur übertragbare Rechte pfändbar sind: unveräußerliche Vermögensrechte (soweit sie andere sind als Forderungsrechte[16])) sind doch pfändbar, wenn nach materiellem Recht ihre Ausübung einem andern überlassen werden kann. Die Erkenntnis, daß der Zusatz „insoweit . . . als . . ." sich nicht auf die Pfändbarkeit, sondern auf die Verwertbarkeit bezieht, enthebt uns der Notwendigkeit, uns nach einem andern Gegenstand der Pfändung umzusehen, als dem veräußerlichen Recht selbst.[17])

[14]) Ebenso RG 74, 84.
[15]) S. o. unter § 2 II.
[16]) S. o. unter § 2 II.
[17]) Der Meinung, daß die unveräußerlichen Rechte selbst Gegenstand der Pfändung sind, sind nur Stein A. II 4 zu § 857 ZPO; Hirsch 27/28, 304 ff.; RG 74, 84.

Gegen die Konstruktion mit einem „Recht auf Ausübung" sprechen auch noch andere Gründe. Man braucht sich nicht dem Urteil Hirschs[18] und seiner Gewährsmänner anzuschließen, die das „Recht auf Ausübung" überhaupt für ein Unding halten. Vielmehr mag man ihm anderweit volle Berechtigung zuerkennen; hier jedenfalls fehlt die Notwendigkeit, mit einem „Recht auf Ausübung" die Pfändung zu konstruieren. Das Pfandrecht am unveräußerlichen, aber überlaßbaren Recht hat, wie Hirsch[19]) nachweist, denselben Inhalt wie das Pfandrecht am übertragbaren Recht. Denn die nur überlaßbaren und die übertragbaren Rechte haben gemeinsam, daß ihre Ausübung übertragen werden kann, und auf deren Übertragung beruht ihre Pfändbarkeit. Derjenige, dem die Ausübung des gepfändeten unveräußerlichen Rechtes vom Gericht überlassen wird (sei es der Pfändungsgläubiger selbst, ein Dritter oder der Zwangsverwalter), kann sich kraft dessen ebenso verhalten, wie der Berechtigte selbst, und ist demnach in derselben Lage wie der Pfändungsgläubiger, dem das gepfändete Recht zur Einziehung überwiesen wurde. Daraus geht hervor, daß das Pfandrecht am nur überlaßbaren Recht und das Pfandrecht am übertragbaren Recht gleichgeartet sind. Deshalb ergreift hier wie dort die Pfändung das Recht selbst und nicht nur das „Recht auf Ausübung"[20]).

Das entscheidende Moment, das gegen das „Recht auf Ausübung" als Pfändungsobjekt spricht, ist aber ein praktisches. Wer in dem unveräußerlichen Recht selbst den Gegenstand der Pfändung erblickt, für den ist es zugleich Gegenstand des Pfändungspfandrechts, denn beider Objekt ist identisch. Ist ein Recht an einem Grundstück gepfändet, wie z. B. ein Nießbrauch, so entsteht also durch die Pfändung ein Pfändungspfandrecht am Nießbrauch, und das Grundbuch ist, solange das Pfändungspfandrecht nicht eingetragen ist, unrichtig. Der Pfändungsgläubiger kann also nach § 894 BGB die Berichtigung des Grundbuchs in dem Sinn verlangen, daß die erfolgte Pfändung eingetragen wird.[21]) Die Pfändung selbst vollzieht sich also zwar außerhalb des Grundbuchs, wie in der Literatur einstimmig angenommen wird. Damit aber das Pfandrecht nicht zum

[18]) a. a. O. 27/28.

[19]) a. a. O. 304 ff.

[20]) Aus § 804 ZPO, wie Hirsch a. a. O. meint, ist das allerdings nicht zu entnehmen. § 804 sagt nur, daß der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht am gepfändeten Gegenstand erwirbt, was aber der gepfändete Gegenstand ist, darüber sagt das Gesetz nichts.

[21]) So Hirsch 305; Stein a. a. O.

Schutze gutgläubiger Dritter nach § 892 seine Wirksamkeit verliert (etwa wenn der Nießbraucher auf sein Recht verzichtet und der Eigentümer dann das Grundstück veräußert), so muß es ins Grundbuch eingetragen werden, und es steht zu diesem Zwecke dem Pfändungsgläubiger der Berichtigungsanspruch zu Gebote. (Nicht dagegen handelt es sich[22]) um die Eintragung eines Veräußerungsverbotes[23]). Die Eintragung entzieht gegenüber einem dritten Erwerber dem etwaigen Verzicht des Nießbrauchers die Wirkung. Denn der Erwerber erfährt dadurch, daß der Nießbrauch zugunsten eines bestimmten Gläubigers gepfändet ist, also der Verfügungsgewalt des Nießbrauchers entzogen ist, daß dieser also insbesondere nicht auf den Nißbrauch verzichten darf; damit wird verhindert, daß ihm § 892 zugute kommt.

Wer dagegen annimmt, daß die Pfändung und das Pfändungspfandrecht nur am „Recht auf Ausübng" besteht, für den entfällt diese wichtige Möglichkeit, den Pfändungsgläubiger gegen einen Verzicht auf den Nießbrauch zu schützen. Denn das „Recht auf Ausübung" ist kein Recht an einem Grundstück, auf dessen Eintragung der Berechtigungsanspruch des § 894 gerichtet sein könnte[24]); es kann auch nicht als Recht an einem solchen Recht betrachtet werden.

VI. Die Verwertung der unveräußerlichen Rechte auf Grund der Pfändung. Bei den unübertragbaren, aber überlaßbaren Rechten ist also die Rechtslage die: Gepfändet ist das Recht, z. B. der Nießbrauch, selbst, und an diesem selbst wird ein Pfandrecht begründet. Die Pfändung des Nießbrauchs bedeutet, daß dieser der Gewalt des Berechtigten entzogen und in die Gewalt des Staates bez. des Gerichts gebracht wird. Das Pfandrecht bedeutet, daß ein bestimm-

---

[22]) Dies nehmen an Predari 440; RG 74, 85 u. a.

[23]) Allerdings nicht aus dem Grunde, den Güthe A. 128 zu § 19, S. 416, angibt. Güthe mißversteht Predari 440, wenn er die Eintragung eines Veräußerungsverbotes deshalb ablehnt, weil ein unveräußerliches Recht kein Veräußerungsverbot im Sinne von § 136 BGB bedeute.

[24]) So lehnen Protokolle VI, 727; Güthe 416; Fuchs A. 3 zu § 1059, A. 2 zu § 1054; Staudinger A. 2b zu § 1052; Achilles-Strecker 110 die Eintragung konsequenterweise ab. Inkonsequent läßt die Eintragung zu Westheimer a. a. O. 506; Predari 440; RG 74, 85. Eines besonders ins Auge fallenden Versehens macht sich das KG, auf dessen Berufungsurteil sich das Revisionsurteil des RG 74,82 bezieht, schuldig; es leugnet die Zulässigkeit der Eintragung, weil der Gläubiger durch die Pfändung nur obligatorische Rechte erlange. Es übersieht damit den Unterschied zwischen der dinglichen Wirkung der Pfändung und des Pfändungspfandrechts und der obligatorischen Wirkung der gerichtlichen

ter Dritter, der Pfändungsgläubiger nach Maßgabe seines Titels sich aus dem Nießbrauch befriedigen darf. Die Gewalt des Staates bez. seines Organs, des Gerichts, ist auf Verwertung gerichtet. Ihr Inhalt ist nicht notwendig der gleiche wie der Inhalt der Gewalt des Berechtigten. Er bestimmt sich lediglich nach dem Zweck der Pfändung (die der Verwertung dient) und dem Gesetz. Bei der Pfändung unveräußerlicher, aber überlaßbarer Rechte ist der Inhalt der staatlichen Gewalt gegeben durch die Klausel in § 857 III „insoweit . . ., als Ausübung einem andern überlassen werden kann." Es ist damit verwiesen auf das BGB, wo derselbe Ausdruck angewandt ist (vgl. § 1059). Dort bedeutet er, wie schon oben in einem andern Zusammenhange gezeigt wurde, daß der Berechtigte an einen Dritten das Recht nicht veräußern kann, sondern sich ihm nur mit obligatorischer Wirkung verpflichten darf zur Duldung der Ausübung. Das Gericht ist demnach gleichfalls beschränkt, in der Wahl der Verwertungsarten. Nur einen obligatorischen Anspruch kann es einem Dritten einräumen. Es kann die Ausübung des Rechtes einem Dritten pachtweise überlassen. Ein „Recht auf Ausübung" veräußern [25]), kann es jedoch nach unserer Auffassung nicht. Es kann auch die Ausübung dem Gläubiger selbst überlassen, wenn es ihm zweckmäßig und unbedenklich erscheint; da das Recht keinen Nennwert hat, wird es dem Gläubiger die Überlassung nur auf Zeit, nämlich bis er befriedigt ist, gestatten. Die Stellung des Gläubigers hat dann eine doppelte Seite, eine dingliche (auf Grund des Pfändungspfandrechts) und eine obligatorische (auf Grund der Ausübung) [26]). Verfügen darf das Gericht über das gepfändete Recht nicht, auch nicht in dem engen Rahmen, der dem Berechtigten offen steht (durch Verzicht) [27]); daß es den Nießbrauch nicht

Verwertung des Nießbrauchs. Widerspruchsvoll schreibt Falkmann 808 Nr. 21 der Pfändung auch nur obligatorische Wirkung zu und läßt sie deshalb sich außerhalb des Grundbuchs vollziehen, hält aber andererseits die nachträgliche Eintragung der Verfügungsbeschränkung für nötig, um den Gläubiger gegen eine Vereitelung der Pfändungspfandrechte zu schützen.

[25]) Jaeger a. a. O. und Fuchs a. a. O.

[26]) Zur obligatorischen Stellung vgl. Biermann A. 1 zu § 1274, S. 491.

[27]) Praktisch wäre sehr wohl der Fall denkbar, daß an das Gericht die Frage herantritt, ob es auf den Nießbrauch verzichten kann. Der Fall kann z. B. so liegen. Es findet sich wohl ein Interessent für das Recht, doch will sich dieser nicht mit einem obligatorischen Anspruch begnügen, sondern möchte eine dingliche Stellung einnehmen. Der Eigentümer der belasteten Sache wäre bereit, ihm einen neuen Nießbrauch zu bestellen; vorher müßte aber erst der alte gelöscht sein. Der Dritte bietet nun dem Gericht eine Summe

veräußern darf, ergibt sich schon aus der Unveräußerlichkeit des Rechtes, an der auch die Pfändung nichts ändert.

Der Ausdruck des BGB (§ 1059), daß der Berechtigte die Ausübung einem andern überlassen kann, deckt aber nicht nur die Fälle der Überlassung kraft obligatorischen Rechtsgeschäftes, sondern auch die Überlassung an einen Vertreter des Berechtigten. Ein „Recht auf Ausübung" wird auch hier nicht übertragen. Der Vertreter übt das Recht aus im Namen des Berechtigten; von seinem Willen bleibt er abhängig. Dementsprechend kann nun auch das Gericht einen Vertreter mit der Ausübung des Rechtes betrauen, der das Recht im Namen des Berechtigten, aber abhängig von den Weisungen des Gerichts ausübt. Das geschieht durch Anordnung der Zwangsverwaltung und Ernennung des Zwangsverwalters.[28]) Diese Form der Verwertung unveräußerlicher, aber überlaßbarer Rechte läßt das Gesetz in § 857 IV ausdrücklich zu, indem es sagt: Das Gericht „kann insbesondre bei der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen."

---

dafür, daß es auf den Nießbrauch verzichte, bez. die Löschungsbewilligung erteile.

[28]) Über die Vertreterstellung des Zwangsverwalters vgl. den folgenden Paragraphen.

§ 5.

D. Die rechtliche Bedeutung der Anordnung der Zwangsverwaltung und der rechtliche Charakter des Verwalters.

I. Die rechtliche Bedeutung der Anordnung der Zwangsverwaltung. War dem Schuldner bereits durch die Pfändung die Befugnis entzogen worden, über das gepfändete Recht zu verfügen[1]), so wird ihm durch die Anordnung der Verwaltung auch die Befugnis entzogen, das gepfändete Recht auszuüben[2]) An seiner Stelle erlangt das Gericht die Macht über die Ausübung des Rechtes. Jedoch kann er das Recht prinzipiell nicht selbst ausüben; es würde seiner Stellung und Arbeitslast nicht entsprechen, wollte es die vielen tatsächlichen Verrichtungen selbst vornehmen, die die Verwaltung des Rechtes mit sich bringt.[3]) Man wird an eine staatsrechtliche Parallele erinnert: Wie im Deutschen Reiche zwar die Summe der Bundesfürsten und der Senate der drei Hansastädte Souverän des Reiches ist, dieser aber nicht selbst als solcher handelnd auftreten kann, sondern nur durch sein Organ, den Bundesrat, ebenso kann das Gericht das der Verwaltung unterworfene Recht nicht selbst ausüben, sondern nur durch sein Organ[4]), den Zwangsverwalter. Ein privatrechtliches „Ausübungsrecht"[5]) in dem Sinne, daß es vom Schuldner auf den Verwalter

---

[1]) Vgl. oben § 4 I a. A.

[2]) Unaufschiebbare Geschäfte kann der Schuldner trotz Verwaltung vornehmen; er handelt dann als Geschäftsführer ohne Auftrag. (Jaeckel-Güthe 7 zu § 148; Fischer-Schäfer 2 zu § 148.)

[3]) Ausnahmsweise wird man dem Gericht die Ausübung des Rechts nicht absprechen können. Man denke an den Fall, daß der alte Verwalter entlassen und ein neuer nicht gleich zu finden ist. Dann muß das Gericht in der Zwischenzeit notwendig werdende Verwaltungshandlungen selbst vornehmen.

[4]) Im Sinne von II a. E.

[5]) Vgl. Jaeger A. 14 zu § 6 über die entsprechende Frage hinsichtlich der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners im Konkurs.

überginge, wird hier nicht übertragen. Das Gericht betraut den Verwalter mit dem Amt der Rechtsausübung, also mit der öffentlichrechtlichen Pflicht und dem öffentrechtlichen Recht, das der Verwaltung unterworfene Recht auszuüben.[6]) Damit ist zugleich die Frage nach dem rechtlichen Charakter des Zwangsverwalters berührt; sie soll einer besonderen Prüfung unterzogen werden.

II. Der rechtliche Charakter des Zwangsverwalters. Er ist bisher ebenso unerörtert geblieben, wie das ganze Institut der Zwangsverwaltung von Rechten nach § 857 ZPO überhaupt. Um so mehr ist dagegen über die verwandten Typen des Zwangsverwalters von Grundstücken und des Konkursverwalters geschrieben worden, und ein lebhafter Streit hat Literatur und Praxis in zwei Lager getrennt, die man üblicherweise durch die Schlagworte „Amtstheorie"[7]) und „Vertretungstheorie"[8])[9]) kennzeichnet. Die Verwandtschaft unseres Zwangsverwalters ist naturgemäß eine nähere mit dem Zwangsverwalter von Grundstücken, eine entferntere mit dem Konkursverwalter. Der Konkursverwalter unterscheidet sich vom Zwangsverwalter in recht wesentlichen Punkten. Unter den Kompetenzen des Konkursverwalters steht ein, wenn auch teilweise beschränktes, Verfügungsrecht über die seiner Verwaltung unterliegenden Vermögenswerte des Schuldners im Vordergrund; der Zwangsverwalter dagegen kann über das ihm zur Verwaltung gegebene Recht selbst schlechterdings nicht verfügen. Dies ist sowohl dem Verwalter nach ZVG als

---

[6]) Das gilt auch vom Konkursverwalter. § 6 KO ändert daran nichts. Er spricht nicht von einer „Übertragung des Ausübungsrechtes", sondern konstatiert einfach, daß der Schuldner seine Verwertungs- und Verfügungsbefugnis verloren hat, und daß der Verwalter das Verwaltungsrecht ausübt, ohne über die Natur dieses Rechtes in der Hand des Konkursverwalters etwas auszusagen. Dieses ist auch hier als Amtsbefugnis öffentlichrechtlicher, nicht privatrechtlicher Natur.

[7]) Jaeckel-Güthe I zu § 152; Fischer-Schäfer 3 vor § 146; v. d. Pfordten 1 zu § 150 und § 152; Reinhard K I zu § 150 und § 152; Kretzschmar § 76 IV; Reinhard H 1 zu § 150 und § 152; OLG Dresden, ZBlFG 9, 144; OLG Rostock, ZBlFG 3, 474; OLG Kiel, Rspr. 9, 144; OLG Marienwerder, Seuff. Arch. 58, 427; RG 24, 304; 44; 311; Stein vor § 50 u. a.

[8]) Motive 329; Jaeger zu § 6 KO; Wolff 1 zu § 152; OLG Hamburg, Rspr. 20, 193, u. a.

[9]) Eine dritte Theorie, wonach der Zwangsverwalter als Rechtsnachfolger zu gelten hätte, kann heute als überwunden betrachtet werden (Rheinhard im Sächs. Arch. 7, 496 f.). Anklänge an diese Auffassung machen sich allerdings hier und da noch geltend, so bei Reinhard K III 4 a. E. zu § 152; v. d. Pfordten

auch dem nach § 857 ZPO eigentümlich. Man kann deshalb die rechtliche Natur dieser beiden als im wesentlichen identisch bezeichnen. Beide dienen dazu, die Nutzungen des ihrer Verwaltung unterstellten Gegenstandes zu ziehen, nicht aber dazu, diesen selbst zu veräußern. Deshalb soll im folgenden nur die Literatur und Praxis des ZVG näher herangezogen werden, dagegen die der KO nur im allgemeinen berücksichtigt werden.

Die eingangs erwähnte Bezeichnung „Amtstheorie" und „Vertretungstheorie" ist mißverständlich und auch mißverstanden worden. Der eigentliche Kernpunkt des Problems wird darin nicht zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich bei der ganzen Streitfrage nicht darum, ob der Verwalter ein Amt inne hat oder nicht; denn auch die Anhänger der „Vertretungstheorie" leugnen gar nicht, daß der Verwalter ein Amt bekleidet.[10]) Es handelt sich vielmehr darum: sind die Handlungen des Verwalters Akte der Staatsgewalt oder nicht? Verneint man diese Frage, so bleibt für den Zwangsverwalter nur die Rolle eines den Parteien nicht über-, sondern gleichgeordneten privatrechtlichen Stellvertreters übrig, und diese aus der charakterisierten Theorie gezogene Konsequenz hat der Theorie in der Literatur als Kennzeichen gedient und ihr den Namen „Vertretungstheorie" gegeben.

Für viele Anhänger der „Amtstheorie" ist ein Mißverständnis verhängsvoll geworden, von dem man nicht glauben sollte, daß es heute noch vorkommen kann, nämlich die Verwechselung der Begriffe Auftrag, Vollmacht, Stellvertretung. Sie leugnen meist mit Recht, daß der Zwangsverwalter als Beauftragter oder Bevollmächtigter des Schuldners handle, glauben aber zu Unrecht,, damit auch den Beweis gegen seine Eigenschaft als Stellvertreter überhaupt erbracht zu haben. Sie übersehen dabei ganz, daß es auch einen gesetzlichen Vertreter gibt, der nicht Bevollmächtigter ist, und doch privatrechtlicher Stellvertreter. Für viele bildet diese Verwechslung die einzige Stütze ihres Anschlusses an die „Amtstheorie". Hand in Hand damit geht die Behauptung, der Verwalter handle „im eigenen Namen".[11]) Jaeger[12]) hat nachgewiesen, daß es sich

---

5 a. E. zu § 152. Auch nicht in dem Sinn kann man von einer Rechtsnachfolge sprechen, daß die Verwaltung- und Verfügungsbefugnis des Schuldners auf den Verhalter übertragen worden sei (vgl. weiter unten).

[10]) Vgl. Jaeger A. 12 zu § 6 KO.

[11]) Jaeckel-Güthe a. a. O.; Reinhard K a. a. O. und H a. a. O.; RG 24, 304, u. a.

[12]) A. 6 zu § 6 KO.

hier nicht um ein Handeln im eignen Namen handelt, sondern unverkennbar um ein Handeln in fremdem Namen. Denn der Verwalter tritt auf nicht als schlichter Privatmann, sondern als Verwalter einer fremden Vermögensmasse: er handelt als Zwangsverwalter in einem bestimmten Zwangsverwaltungsverfahren. Sein Auftreten im Namen des Schuldners ergibt sich hier aus den Umständen des Falles, nämlich aus seiner Eigenschaft als Zwangsverwalter, ohne daß es ausdrücklich ausgesprochen zu werden braucht, daß er den Schuldner vertreten will (§ 164 I 2 BGB).

Ferner hängt mit dem Mißverständnis zusammen die häufig wiederkehrende Behauptung[13]), der Verwalter handle „kraft eigner", und wie man hinzufügt, „ihm unmittelbar vom Gesetz verliehener Machtvollkommenheit". Besonders in der Praxis der Oberlandesgerichte ist das eine stereotype Redewendung geworden, die von einem Urteil ins andre übergegangen ist. Dagegen ist aber einzuwenden, daß der Verwalter kein eignes Recht inne hat, sondern ein Amt, also in erster Linie eine Pflicht, die Dritten gegenüber als Recht erscheint. Sein Amt ist ihm auch nicht unmittelbar vom Gesetz übertragen, sondern vom Gericht. Wenn man ihn trotzdem einen gesetzlichen Vertreter nennen kann, so beruht das darauf, daß der Umfang, letzten Endes auch die Herkunft im Gesetz wurzelt. Aber das Gesetz ist nicht unmittelbar Quelle seiner Vertretungsmacht. Abgesehen vom Vater bez. der Mutter als geborenen gesetzlichen Vertretern erhält der gesetzliche Vertreter und also auch der Zwangsverwalter seine Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft, allerdings nicht durch privatrechtliches, sondern durch öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft, nämlich durch seine Ernennung zum gesetzlichen Vertreter durch das Gericht. Und weil ihm seine Aufgabe als Amt übertragen ist, übt er dieses nicht als eignes, d. h. unentziehbares, sondern als ein öffentlichrechtliches, nicht privates Recht, das ihm sein öffentlichrechtlicher Auftraggeber, das Gericht, jederzeit wieder entziehen kann.

Die Eigenschaft des Verwalters als Vertreter ist selbst für die Anhänger der „Amtstheorie" so ins Auge springend, daß sie die Inkonsequenz begehen und ihm die Vertreterstellung „in gewissem Sinn" doch zugestehen müssen, nur

---

[13]) OLG Dresden a. a. O.; OLG Rostock a. a. O.; OLG Kiel a. a. O.; OLG Marienwerder a. a. O.; Jaeckel-Güthe A. 1 zu § 152; Fischer-Schäfer a. a. O.; Reinhard K und H a. a. O.

um die unentbehrlichen §§ 164—166 BGB auf ihn anwenden zu können.[14])

Der Hauptgrund, weshalb die Mehrzahl derjenigen, die dem Zwangsverwalter, und zwar mit Recht, ein Amt zusprechen, dessen Eigenschaft als Vertreter des Schuldners leugnen, liegt darin, daß sie Amt und Stellvertretung für unvereinbar halten[15]) Ein Blick auf den Vormund und andere gesetzliche Vertreter genügt, dieses Bedenken zu zerstreuen, oder man müßte konsequenterweise die ganze Institution des gesetzlichen Vertreters als Vereinigung einer privatrechtlichen Vertreterstellung mit einem Amt für ein Unding halten. Doch wird es beim Vormund niemandem einfallen, die rein privatrechtliche Tätigkeit zu leugnen und seine Handlungen deshalb als Akte der Staatsgewalt aufzufassen, weil seine Tätigkeit ein Amt ist. Genau so liegt u. E. der Fall beim Zwangsverwalter und verwandten Typen, wobei es nichts ausmacht, daß diese im Dienst der Rechtspflege tätig werden. Daß der Zwangsverwalter ein Amt inne hat, ist nicht zu leugnen; das sagt aber auch nur, daß die Quelle und Voraussetzung seiner Machtvollkommenheit der Staatswille ist, ausgesprochen vom Gericht, daß seine Tätigkeit der Kontrolle seines öffentlichrechtlichen Auftraggebers unterliegt, und daß er sie rein unparteiisch auszuüben hat. Über den Inhalt seiner Tätigkeit wird dagegen dadurch, daß der Verwalter ein Amt bekleidet, nichts gesagt. Er kann auch in der Stellvertretung bestehen, genau wie dies beim Vormund schlechthin der Fall ist.

Gegen die Annahme, daß die Handlungen des Zwangsverwalters Akte der Staatsgewalt seien, sprechen verschiedene Momente. Charakteristisch für die Stellung des Zwangsverwalters ist es, daß er keine unmittelbare Zwangsgewalt ausüben kann, weder gegen den Schuldner, noch gegen sonst wen. Er ist zwar Zwangsvertreter[16]), denn die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte haben dem Schuldner gegenüber bindende Kraft, aber nicht, weil er selbst Zwangsgewalt ausübt, sondern weil er vom Ge-

---

[14]) Besonders drastisch bei Jaeckel-Güthe. In A. 1 Abs. 1 und 2 zu § 152 wird die Vertretereigenschaft abgelehnt, in Abs. 3 derselben Anmerkungen aber heißt es: „Der Verwalter ist allerdings in gewissem Sinne Vertreter des Schuldners, aber er ist ein Vertreter, für den nicht bloß die Befugnis zur Vertretung, sondern auch der Umfang, in welchem er sie ausführt, aus der ihm vom Gesetz zugewiesenen Aufgabe bestimmt wird," m. a. W.: der Verwalter ist gesetzlicher Vertreter.

[15]) In der Literatur und Praxis des Konkursrechts macht sich die gleiche Erscheinung geltend (vgl. hierzu Jaeger a. a. O. A. 12).

[16]) Vgl. Motive 329.

richt zwangsweise, d. h. gegen den Willen des Schuldners, bestellt ist. Bei seiner Geschäftsführung handelt es sich um Handlungen, wo der Wille des Schuldners ersetzt, nicht gebrochen werden soll. Die Macht zu unmittelbarer (körperlicher) Gewaltanwendung fehlt ihm. Will der Schuldner den Gegenstand des gepfändeten Rechtes nicht herausgeben, so kann der Zwangsverwalter ihn nicht eigenmächtig oder gar mit Gewalt wegnehmen, sondern er hat einen Gerichtsvollzieher zu beauftragen, der diesen Akt der Staatsgewalt vornimmt. Leistet der Schuldner bei seiner Verwaltertätigkeit Widerstand, so kann sich der Verwalter ans Vollstreckungsgericht wenden. Es fehlt demnach dem Zwangsverwalter ein besonders wichtiges, wenn auch nicht das notwendige Kennzeichen staatlicher Gewalt, die Zwangsgewalt. Er ist insofern den Parteien gleichgeordnet, nicht übergeordnet, wie es bei jedem staatlichen Organ der Fall ist.

Damit hängt ein weiteres Argument zusammen. Der Verwalter tritt, wenn er das Recht des Schuldners ausübt oder über Vorschüsse des Gläubigers verfügt oder die Ungültigkeit von unrechtmäßigen Verfügungen über den Miet- oder Pachtzins geltend macht, nichts, was nicht Schuldner oder Gläubiger selbst ausführen könnten. Ein Vergleich mit dem Richter im Zwangsversteigerungsverfahren[17]) läßt sich deshalb nicht ziehen; denn der Vollstreckungsrichter nimmt wirklich Akte vor, die die Parteien nicht ausführen könnten.

So berechtigt also an sich die Bestrebungen sind, im Prozeßrecht immer mehr den Gedanken des öffentlichen Rechtes zur Geltung zu bringen, so kann man sich doch hier dieser Bewegung nicht anschließen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Zwangsverwalter rechtlich auf einer andern Stufe stehen soll, wie z. B. der Nachlaßverwalter oder der Vormund, bloß deshalb, weil seine Tätigkeit im Dienste der Rechtspflege erfolgt.

Die Stellung des Zwangsverwalters stellt sich also dar als gesetzliche Vertretung, und zwar als Pflegschaft zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers, ähnlich der Nachlaßverwaltung nach § 1975 BGB.[18]) Darin liegt ausgesprochen, daß er ein Amt inne hat, und daß er trotzdem privatrechtlicher Stellvertreter ist.[19])

Seine Tätigkeit ist ein Amt. Aber er ist nicht Beamter

---

[17]) Fischer-Schäfer a. a. O.

[18]) Jaeger, A. 9 zu § 6.

[19]) Über die Frage, wen der Zwangsverwalter vertritt, siehe weiter unten.

im Sinn von § 359 StGB, § 839 BGB, § 79 Nr. 6 GKG. Denn er steht in keinem dauernden Dienstverhältnis zum Staate, sondern ist nur vorübergehend mit der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe vom Gericht betraut.[20]) Auch ein Privatmann kann ein staatliches Amt inne haben. Darin liegt ausgesprochen, daß er, unabhängig von den Weisungen des Gläubigers oder Schuldners[21]), den Maßstab seines Handelns zu entnehmen hat in erster Linie seiner Instruktion und den übrigen Anordnungen des Vollstreckungsgerichtes, in letzter Linie dem Zwecke der Zwangsverwaltung als Vollstreckungsverfahren zwecks Befriedigung des Gläubigers unter Berücksichtigung der rechtlichen Eigenart des konkreten gepfändeten Rechts.

Die Eigenschaft seiner Tätigkeit als Amt ist zugleich das unentbehrliche Bindeglied der widerstreitenden Interessen[22]), deren Wahrnehmung er in seiner Person vereinigt. Denn einerseits hat er das Interesse des Gläubigers an möglichst ausgiebiger und rascher Befriedigung zu berücksichtigen und andrerseits das Interesse des Schuldners an möglichst schonender Ausübung des Nutzungsrechts. Seine Stellung als Träger eines Amtes garantiert, daß der Verwalter beiden Interessen unparteiisch dienen kann, daß er also bei seiner Tätigkeit die Person des Gläubigers oder Schuldners nicht berücksichtigt, sondern die Norm seines Handelns lediglich dem Zwecke der Zwangsverwaltung entnimmt.

Insofern ihm das Amt vom Gericht übertragen ist, kann man ihn auch ein Organ des Gerichtes nennen, nicht jedoch in dem Sinn, als ob die Rechtshandlungen des Zwangsverwalters als Rechtshandlungen des Gerichts zu gelten hätten und als Akte der Staatsgewalt anzusehen wären, sondern lediglich in dem Sinn eines abhängigen Werkzeuges.

Denn der Verwalter übt kein staatliches Hoheitsrecht aus, seine Handlungen sind nicht staatliche Vollstreckungsakte, sondern sind Handlungen eines privatrechtlichen Stellvertreters. Wie bei den übrigen Kategorien der gesetzlichen Vertreter liegt das Hauptgewicht beim Zwangsverwalter aber nicht in einer Stellvertretung im Sinne von §164 BGB, wo darunter die Abgabe einer Willenserklärung in fremdem Namen verstanden wird; vielmehr ist das Primäre seiner Rechtsstellung die Stellvertretung in der Ausübung eines fremden Rechtes. Das

---

[20]) Vgl. hierzu Fischer-Schäfer a. a. O.

[21]) Im Ergebnis übereinstimmend Jaeckel-Güthe A. 1 zu § 152 und § 153.

[22]) Vgl. Stein, A. 20 vor § 50; Fischer-Schäfer a. a. O.

finden wir schon bei den übrigen gesetzlichen Vertretertypen, jedoch nicht so ausgesprochen wie hier. Dort handelt es sich gewöhnlich um die Ausübung einer Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, die dem andern entweder mangels der Geschäftsfähigkeit überhaupt oder infolge der Konkurseröffnung fehlt. Nur beim Konkursverwalter kann es vorkommen, daß er, und zwar gerade bei Rechten, die der Zwangsverwaltung nach § 857 unterliegen, ein Recht ausübt, das zur Konkursmasse, also zu den verstrickten Gegenständen selbst gehört. Für den Zwangsverwalter — sowohl den nach ZVG, als auch den nach § 857 — bildet das aber gerade den Inhalt seiner Aufgabe. Er übt das gepfändete Recht selbst aus, nicht in dem Sinn, als ob die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners[23]), dem diese durch die Pfändung und Anordnung der Verwaltung verloren gegangen ist, auf den Verwalter übergegangen sei und von ihm ausgeübt werde; denn die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters ist als Ausfluß seines Amtes eine öffentlichrechtliche[24]), keine privatrechtliche. Vielmehr ist das gepfändete Recht selbst, z. B. der Nießbrauch, dessen Inhaber ja der Schuldner geblieben ist, gemeint als das Recht, das der Verwalter ausübt. Nur in zweiter Linie, nämlich nur, soweit die Ausübung des Rechtes die Abgabe von Willenserklärungen (insbesondere bei Anstellung von Gesinde und Angestellten und bei Versilberung der Nutzungen) mit sich bringt, kommt ein stellvertretendes Handeln im Sinne von § 164 BGB in Frage. Das Primäre seiner rechtlichen Stellung liegt in einer Stellvertretung in der Rechtsausübung.

Mit dem Konkursverwalter teilt der Zwangsverwalter eine Besonderheit, die anderen gesetzlichen Vertretern fehlt: er ist Vertreter zweier Parteien, des Schuldners, aber auch des Gläubigers[25]). Er ist Vertreter des Schuldners, indem er dessen Recht (das gepfändete Recht) und dessen Befugnisse ausübt und für ihn bindende Willenserklärungen abgibt; er ist aber auch gesetzlicher Vertreter des Gläubigers, insofern er dessen Rechte und Befugnisse ausübt und für ihn bindende Willenserklärungen abgibt, so z. B. wenn er über den vom Gläubiger gezahlten Vorschuß verfügt, oder wenn er die Ungültigkeit unrechtmäßiger Verfügungen über den Miet- und Pachtzins geltend macht. Diese Doppelstellung ist für den Zwangs-

[23]) So v. d. Pfordten A. 5 a. E. zu § 152; scheinbar auch Reinhard K III 4 a a. E. zu § 152 und auch, vom Konkursverwalter, Jaeger A. 14 a. a. O.

[24]) Ebenso jetzt Reinhard H A. 1 a zu § 152.

[25]) Vgl. hierzu Jaeger A. 15 a. a. O.

verwalter kennzeichnend. Auch sie wird dadurch ermöglicht, daß er nicht Bevollmächtigter ist (diesem verbietet, allerdings auch nur dispositiv, § 181 BGB solche Doppelstellung prinzipiell), sondern ein Amt inne hat. Etwas Anomales oder gar theoretisch Undenkbares liegt darin nicht.

Zusammenfassend kann man den Zwangsverwalter nach seinem rechtlichen Charakter bezeichnen als vom Gericht zur Befriedigung des Pfändungsgläubigers betrauter Pfleger, dessen Handeln eine gesetzliche Vertretung teils des Schuldners, teils des Gläubigers darstellt.

E. Das Zwangsverwaltungsverfahren.[1]

§ 6.

1. Seine rechtlichen Grundlagen.

Im Gegensatz zu den detaillierten Vorschriften im ZVG über die Zwangsverwaltung von Grundstücken fehlt es hier vollkommen[2]) an Vorschriften über das Verfahren selbst. Es ist Sache des Gerichtes durch „besondre Anordnungen" das Verfahren zu regeln (§ 857 IV 1). Dabei ist diesem ein völlig freies Ermessen einzuräumen. Insbesondere ist das Gericht für seine Anordnungen nicht gebunden an das ZVG und seine landesrechtlichen Ergänzungen[3]). Soweit die Vorschriften des Immobiliarvollstreckungsrechtes auch für die Zwangsverwaltung von Rechten sich eignen (etwa weil ein Grundstück mit dem Nutzungsrecht belastet ist), wird das Gericht sich von selbst tunlichst an sie anschließen. Soweit seine Anordnungen sich im Rahmen dieser Gesetzesbestimmungen bewegen und nicht besondere Modifikationen durch den Zweck der Zwangsverwaltung in das konkrete gepfändete Recht als geboten erscheinen, läßt sich gegen sie nichts einwenden. So kann z. B. das Gericht dem pflichtvergessenen Verwalter Ordnungsstrafen androhen, ohne daß er dazu durch ausdrückliche Vorschrift ermächtigt wäre, lediglich in Anlehnung an § 153 II ZVG; soweit die angedrohte und verhängte Strafe 200 Mark nicht übersteigt, wird man ihre Androhung und Verhängung als rechtmäßig gelten lassen müssen. Soweit der Richter versäumen sollte, nähere Anordnungen zu treffen, hätten die Bestimmungen der ZVG analog zu gelten und würden für den

[1]) Die in diesem Abschnitt zitierte Literatur bezieht sich ausnahmslos auf die analogen Punkte im Immobiliarvollstreckungsrecht, demnach auf das ZVG.

[2]) Denn auch § 857 IV 2 Halbsatz 2 enthält keine Vorschrift über das Zwangsverwaltungsverfahren, sondern über den Moment, in dem die Pfändung wirksam wird.

[3]) Insbesondere die auf Grund § 14 EGZVG erlassenen landesrechtlichen Verordnungen über die Geschäftsführung der Zwangsverwaltung, so vor allem die Preußische Allgemeine Verfügung vom 8. Dezember 1899.

Verwalter die maßgebende Richtschnur seines Verhaltens abgeben.

Zu beachten ist aber, daß das Gericht nur Anordnungen treffen kann und nur diese in seinem freien Ermessen stehen. Rechtsätze kann es natürlich nicht schaffen, sondern nur Verfügungen und Entscheidungen erlassen, die das Verfahren betreffen, insbesondre also Verhaltungsmaßregeln für den Verwalter. Im übrigen sind, soweit sich Lücken zeigen infolge davon, daß im Gesetz keine näheren Bestimungen über die Zwangsverwaltung von Rechten getroffen sind, die Rechtssätze des ZVG analog anzuwenden (z. B. bez. der Haftung des Verwalters, der Erstreckung der Pfändung auf Pacht- und Mietzinsforderungen); das Gericht ist an die analoge Geltung gebunden.

Die Bestimmungen des ZVG können aber nicht ohne weiteres Anwendung finden, sondern müssen mit Vorsicht auf ihre Anwendbarkeit geprüft werden; dies gilt sowohl für den Richter, als auch für den Verwalter, falls das Gericht unterlassen haben sollte, besondere Anordnungen zu erlassen. Die Zwangsverwaltung eines Grundstücks unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der Zwangsverwaltung eines Nutzungsrechtes. Dort wird ein Grundstück beschlagnahmt und verwaltet, also ein konkreter Gegenstand, hier ein Recht, also ein abstraktes Ding. Die Zwangsverwaltung von Grundstücken hat sich ferner einzugliedern in die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke überhaupt, hat also viele Sätze gemein mit der Zwangsversteigerung von Grundstücken, und diese wieder baut sich auf auf dem Hypothekenrecht; es macht sich also geltend, daß das Grundstück in hohem Maße Gegenstand des Kreditverkehrs ist. Bei der Zwangsverwaltung von Nutzungsrechten dagegen handelt es sich, wenigstens zum großen Teil, um unveräußerliche Rechte, die nach § 1274 II BGB unverpfändbar sind, und bei denen infolgedessen die Rücksicht auf konkurrierende Vertragspfandgläubiger wegfällt. Und auch, soweit Nutzungsrechte übertragbar und verpfändbar sind (wie z. B. Urheber- und Erfinderrechte), bilden sie doch nicht in gleichem Maße Gegenstand des Kreditverkehrs wie die Grundstücke. Deshalb lassen sich die Vorschriften des ZVG nicht ohne weiteres auf die Zwangsverwaltung von Nutzungsrechten anwenden.

Analog der in § 14 EGZVG der Landesjustizverwaltung erteilten Ermächtigung, für die Geschäftsführung der Zwangsverwalter des ZVG allgemeine Anordnungen zu erlassen, wird man dieser auch das Recht zugestehen müssen, die Geschäftsführung des Zwangsverwalters nach § 857 genau zu regeln und damit die Kompetenz der Landesgerichte einzuengen.

§ 7.

2. Vollstreckungsgericht, Anordnungsbeschluß und Zwangverwaltungsmasse.

I. Das Vollstreckungsgericht, dem die Anordnung und Durchführung der Zwangsverwaltung obliegt, ist identisch mit demjenigen, welches das Recht gepfändet hat. Nach § 857 I in Verbindung mit § 828 ist es das Amtsgericht, wo der Vollstreckungsschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung dessen, das Amtsgericht, wo der Gerichtsstand des Vermögensbesitzes nach § 23 ZPO begründet ist. Für Patente kommt nach § 12 PatG als Vollstreckungsgericht auch in Frage das Amtsgericht des Ortes, wo der Patentvertreter den Wohnsitz hat, eventuell das Amtsgericht des Ortes, wo das Patentamt seinen Sitz hat, gegenwärtig also das Amtsgericht Berlin I.

II. Der Anordnungsbeschluß, insbesondere seine Zustellung. Die Anordnung der Zwangsverwaltung geschieht durch Beschluß. Das Gericht kann die Verwaltung unveräußerlicher Rechte anordnen, auch ohne daß sie eine Partei beantragt hat, wenn sie das Gericht für die zweckmäßigste Verwertungsart erachtet. Dagegen ist das Gericht bei übertragbaren Rechten durch § 857 I in Verbindung mit § 844 insofern eingeengt, als hier die Anordnung der Verwaltung nur auf Antrag erfolgen kann. Nach § 844 II hat das Gericht ferner den Gegner des Antragstellers vor der Anordnung zu hören. Ist der Schuldner selbst der Antragsteller, so wird es ihn auf alle Fälle zu einem mündlichen Gehör veranlassen. Denn es erlangt dadurch nähere Kenntnis von der Art der Ausübung des Rechtes, wie sie der Schuldner bisher gehandhabt hat, und ob das Recht genügend Erträgnisse verspricht, um wenigstens die Kosten und Ausgaben der Verwaltung zu decken. Erreichen die Erträgnisse diesen Minimalbetrag nicht, ohne daß das Gericht Anlaß hat, von der Anordnung ganz abzusehen (weil nämlich in Zukunft größere Erträgnisse zu erwarten sind), so kann es unter analoger Anwendung von

§ 161 III ZVG dem Gläubiger aufgeben, Vorschüsse in entsprechender Höhe zu leisten, und die Anordnung der Verwaltung von der Leistung der Vorschüsse abhängig zu machen[1]). Denn es ist nicht einzusehen, warum das Gericht nur die Fortführung, nicht auch schon die Anordnung der Verwaltung von der Leistung der erforderlichen Vorschüsse soll abhängig machen können. Es wird zu diesem Zweck dem Gläubiger eine Frist setzen, innerhalb deren er den Vorschuß zu zahlen hat. Doch trägt diese Frist nicht den Charakter einer Ausschlußfrist, sondern das Gericht kann auch, wenn der Gläubiger nachträglich noch leistet, die Zwangsverwaltung anordnen[2]).

In jedem Falle steht es in dem Ermessen des Gerichts, ob es die Zwangsverwaltung anordnen will oder nicht. Auch der Antrag des Gläubigers bindet es nicht (vgl. § 844 I, § 857 IV:„kann"). Maßgebend ist fürs Gericht, daß die Zwangsverwaltung ein Befriedigungsmittel ist. Deshalb hat es den Antrag des Gläubigers auf Anordnung der Zwangsverwaltung abzulehnen, wenn es aussichtslos ist, daß die Verwaltung zur Befriedigung des Gläubigers dienen kann, z. B. wenn ein Neubau auf dem belasteten Grundstück fertigzustellen ist. Denn die Verwaltung bedeutet für den Schuldner eine empfindliche Beschränkung seiner vermögensrechtlichen Bewegungsfreiheit, die dann unbedingt zu unterbleiben hat, wenn sie der Befriedigung des Gläubigers nicht dienen kann[3]).

Für die Zustellung des Anordnungsbeschlusses gilt nicht § 3 ZVG analog, wonach alle Zustellungen im Zwangsversteigerungsverfahren von Amts wegen zu geschehen haben, sondern die Vorschrift über die Zustellung des Pfändungsbeschlusses (§ 829 II ZPO). Demnach erfolgt sie durch den Gläubiger im Parteibetrieb, also unter Anwendung von §§ 166 ff. ZPO. Daraus folgt, daß der Beschluß dem Gläubiger nicht nach §329 II ZPO von Amts wegen zugestellt, sondern formlos ausgehändigt wird. Damit wird der Beschluß rechtlich existent[4]).

Ist ein Drittschuldner vorhanden, wie bei der Pacht, wo der Eigentümer der fruchttragenden Sache bez. der Verpächter Drittschuldner ist, so hat ihm der Gläubiger den Beschluß zustellen zu lassen. Er kann den Beschluß selbst zustellen lassen durch Beauftragung eines Ge-

---

[1]) So Wolff A. 1 f zu § 161.

[2]) Wolff a. a. O.; a. A. Jaeckel-Güthe A. 4 zu § 146; Fischer-Schäfer A. 2 d zu § 161.

[3]) Vgl. Wolff A. 1 zu § 146; a. A. Reinhard KA, I 2 zu § 146; Kretzschmar § 76 IV.

[4]) Vgl. Stein Nr. 4 zu § 329.

richtsvollziehers (§ 168 ZPO); andernfalls erfolgt die Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers ohne besonderen Auftrag des Pfändungsgläubigers.

Ist das der Verwaltung unterstellte Recht ein Nutzungsrecht an einem Grundstück, so hat das Vollstreckungsgericht das Grundbuchamt um Eintragung der Anordnung ins Grundbuch zu ersuchen, soweit nicht schon vorher die Pfändung des Rechts eingetragen ist.

III. Die Zwangsverwaltungsmasse. Man kann alle Gegenstände, die demselben konkreten Zwangsverwaltungsverfahren unterliegen, unter dem Begriff der Zwangsverwaltungsmasse zusammenfassen.

Die Gegenstände der Verwaltungsmasse haben, soweit es körperliche Sachen sind, nicht durchweg den gleichen Eigentümer. Wenn z. B. auf Anordnung des Gerichts der Gläubiger einen für die Aufwendungen der Verwaltung unentbehrlichen Geldbetrag vorschießt, so bleibt das gezahlte Geld — von dem Eigentumswechsel durch Vermischung abgesehen — im Eigentum des Gläubigers [5]); aber es unterliegt der Zwangsverwaltung, insbesondere der Verfügungsmacht des Verwalters.

Auch die Befugnisse des Zwangsverwalters sind nicht bei allen Gegenständen der Masse die gleichen. Über das gepfändete Recht selbst kann er nicht verfügen; er übt es nur aus. Über die geernteten Früchte dagegen kann er verfügen, ebenso über den Vorschuß des Gläubigers.

So ist demnach der Begriff der Verwaltungsmasse hier weniger ein dogmatisch notwendiger, als ein praktisch gegebener. Die Verwaltungsmasse wird gebildet von allen Gegenständen, die in demselben Zwangsverwaltungsverfahren und von demselben Zwangsverwalter verwaltet oder verwertet werden, soweit sie zum Vermögen des Schuldners oder des Gläubigers (z. B. der Vorschuß) gehören. Diese Gegenstände stellen eine tatsächlich einheitliche Masse vor, mögen auch die Befugnisse des Verwalters und die rechtliche Zugehörigkeit im einzelnen verschieden sein.

Zur Verwaltungsmasse gehören:

1. **Das gepfändete Nutzungsrecht.** Es unterliegt, wie gesagt, nicht der Verfügungsmacht des Verwalters. Dem Befriedigungszwecke wird es dienstbar gemacht nicht durch Umsaz des Rechtes in Geld, sondern durch seine Ausübung, also dadurch, daß seine Nutzungen gezogen und verwertet werden, und daß der Erlös dieser dem Gläubiger ausgehändigt wird. Die mit dem Nutzungsrecht belastete

[5]) S. u. unter Nr. 6.

Sache gehört nicht zur Masse; denn sie steht im Eigentum eines Dritten, ist vom Pfandnexus nicht ergriffen und deshalb auch nicht Teil der Masse. Der Eigentümer behält dem Gläubiger gegenüber seine volle dingliche Rechtstellung; nicht die Pfändung, sondern nur das gepfändete Recht selbst bildet für ihn eine Schranke seiner aus dem Eigentum sich ergebenden Befugnisse.

2. Aus dem Zwecke der Zwangsverwaltung ergibt sich mit Notwendigkeit, daß auch die vom Verwalter gezogenen **Früchte** zur Masse gehören. Sie sind der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Schuldners entzogen und unterstehen der Macht des Verwalters. Dieser kann und soll sie versilbern, also über sie verfügen. Kann ihr Absatz nicht gegen bar erfolgen, so fällt die aus dem Vertrage des Verwalters mit dem Kunden sich ergebende **Forderung** kraft dinglicher Surrogation gleichfalls in die Verwaltungsmasse. Der Verwalter kann über sie durch Annahme der Leistung verfügen. Der durch den Verkauf der Früchte erzielte **Erlös** fällt ebenfalls kraft Surrogation in die Masse. Der Verwalter hat ihn dem Gläubiger auszuhändigen, soweit dieser zu befriedigen ist, und er nicht anderweit[6]), nämlich zur Deckung der Verwaltungsausgaben und -kosten, der öffentlichen und privaten Lasten, zu verwenden ist.

3) Soweit die mit dem Nutzungsrecht belastete Sache vom Schuldner vermietet oder verpachtet ist, besteht die mißliche Lage, daß die Rechte des Mieters oder Pächters auch dem Verwalter gegenüber bestehen bleiben[7]), und dieser daher nicht selbst die Nutzungen ziehen kann. Er kann allerdings die **Miet- oder Pachtzinsen** als Erträgnisse des Rechtes einziehen. Aber da die Miet- und Pachtzinsforderungen selbständige Vermögens- und Vollstreckungsobjekte bilden, besteht die Gefahr, einerseits, daß der Schuldner über diese anderweit verfügt, und andrerseits, daß sich ein andrer Gläubiger im Wege der Pfändung an sie hält. Damit würde dem Verwalter die Einziehung der Miet- und Pachtzinsen als Erträgnisse unmöglich gemacht. Es ist daher, wenn man nicht in dem praktisch wichtigen Falle, daß ein Nießbrauch an einem Miethaus gepfändet ist, die Durchführung der Pfändung völlig illusorisch machen will, nötig, diese Miet- und Pachtzinsforderungen, die auf Grund des Nutzungsrechtes begründet sind, als von der Pfändung des Nutzungsrechtes selbst mit-erfaßt zu betrachten.

[6]) S. u. unter § 9 IV.
[7]) S. u. unter § 9 III 1.

Da die Anordnung der Verwaltung möglicherweise der Pfändung des Nutzungsrechtes nachfolgt, so können auch die Pfändung des Nutzungsrechtes selbst und die Erstreckung der Pfändungswirkungen auf die Miet- und Pachtzinsforderungen zeitlich auseinander liegen. Das sieht dann auf den ersten Blick so aus, als ob eine Verwertungsmaßregel — die Anordnung der Zwangsverwaltung — Pfändungswirkungen hätte. Genau besehen ist das aber nicht der Fall: nicht werden durch die Anordnung der Zwangsverwaltung die Miet- und Pachtzinsforderungen gepfändet, sondern durch diesen Verwertungsakt wird nur die Erstreckung der Pfändung des Nutzungsrechtes selbst auf die Miet- und Pachtzinsforderungen automatisch ausgelöst. Als Stütze für diese Auffassung mag weniger die ausdrückliche analoge Vorschrift in § 148 I ZVG dienen, als vielmehr die Vorstellung, daß nicht erst der gezahlte Miet- und Pachtzins, sondern schon die Miet- und Pachtzinsforderungen Erträgnisse[8]) des Nutzungsrechtes bilden und als solche im Falle der Anordnung einer Zwangsverwaltung von der Verstrickung des Nutzungsrechtes mitergriffen werden.

Die Erstreckung der Pfändungswirkungen im obigen Sinn wird aber dem Mieter bez. Pächter gegenüber erst wirksam mit dem Zeitpunkt, in dem ihm die Anordnung der Verwaltung bekannt oder ihm das Zahlungsverbot (§ 829 ZPO) zugestellt[9]) wird (entsprechend § 22 II ZVG).

Die Miet- und Pachtzinsforderungen gehören also ipso jure zur Verwaltungsmasse. Kraft Surrogation fallen ihr zu auch die gezahlten Miet- und Pachtzinsraten.

4. **Zubehör.** Die dem Eigentümer der belasteten Sache gehörigen Zubehörstücke sind aus dem obenerwähnten Grunde nicht Teil der Masse. Soweit aber das Zubehör im Eigentum des Schuldners steht, kann es zur Verwaltungsmasse gezogen werden. Doch läßt sich eine Analogie zu § 146 in Verbindung mit § 20 II ZVG, wonach die Beschlagnahme des Grundstücks durch Anordnung der Zwangsverwaltung sich auf das Zubehör erstreckt, nicht aufstellen. Denn dort ist Gegenstand der Beschlagnahme ein Grundstück und deshalb sind dieser auch die Gegenstände unterworfen, auf die sich die Hypothek als Grundpfandrecht erstreckt. Hier dagegen ist, selbst wenn das gepfändete Recht

[8]) Vgl. hierzu Kommentar der Reichsgerichtsräte A. 7 zu § 99.

[9]) Über die Zustellung des Zahlungsverbotes gilt dasselbe, was oben unter II über die Zustellung des Anordnungsbeschlusses an den Drittschuldner-Eigentümer gesagt ist. In Anlehnung an § 151 III ZVG ist das Zahlungsverbot auch auf Antrag des Verwalters zu erlassen.

ein Grundstück zum Gegenstand der Nutzung hat, nicht das Grundstück Gegenstand der Pfändung. Das Zubehör muß hier vielmehr selbständig[10]), wenn auch im Zusammenhang mit der Pfändung des Nutzungsrechtes gepfändet werden. Die Zugehörigkeit zur Masse wird dadurch begründet, daß es auf Grund § 825 ZPO demselben Zwangsverwaltungsverfahren unterworfen wird wie das Nutzungsrecht.

5. **Versicherungsforderungen** (vgl. §§ 1045f BGB). Ist das gepfändete Recht ein Nießbrauch, so hat der Nießbraucher zugleich einen Nießbrauch an der Forderung gegen den Versicherer aus dem abgeschlossenen Versicherungsvertrag. Dieser Nießbrauch bildet ein selbständiges Vermögens- und Vollstreckungsobjekt. Aus den gleichen Gründen wie beim Zubehör ist hier ein besonderer Pfändungsbeschluß erforderlich. Die Zugehörigkeit des Nießbrauchs zur Verwaltungsmasse wird dadurch begründet, daß er nach § 857 IV demselben Zwangsverwaltungsverfahren unterworfen wird wie das Hauptrecht.

6. **Barvorschuß des Gläubigers.** In Anlehnung an § 161 III ZVG kann das Gericht dem Gläubiger die Zahlung des erforderlichen Vorschusses zur Durchführung einer ordnungsgemäßen Verwaltung auferlegen. Der vom Gläubiger gezahlte Betrag fällt dann in die Verwaltungsmasse. Dasselbe gilt von den Gegenständen, die aus Mitteln des Vorschusses angeschafft worden sind.

Man kann darüber streiten, zu wessen Eigentum der gezahlte Barvorschuß und — kraft Surrogation — die davon angeschafften Gegenstände gehören. Die herrschende Meinung[11]) nimmt an, daß der Barvorschuß durch Leistung an den Verwalter ins Eigentum des Schuldners übergehe; demnach würden dann auch die davon angeschafften Gegenstände diesem gehören. Dem kann nicht zugestimmt werden. Soll der Gläubiger, der trotz bereits erfolgter Leistung von Vorschüssen infolge schließlich eintretender Aussichtslosigkeit der Verwaltung gezwungen ist, die Aufhebung des Verfahrens zu beantragen, dem Schuldner gegenüber auf eine Bereicherungsklage angewiesen sein,

[10]) Bei den Miet- und Pachtzinsforderungen, auf die sich, wie unter Nr. 3 ausgeführt würde, die Pfändung des Nutzungsrechte erstreckt, liegt die Sache anders. Dort besteht ein engerer Zusammenhang dieser Forderungen mit dem gepfändeten Gegenstand, dem Nutzungsrecht. Die Überlassung der belasteten Sache an einem Mieter oder Pächter stellt die Ausübung des gepfändeten Rechtes dar; der Miet- und Pachtzins und schon die Miet- und Pachtzinsforderungen sind deshalb zu den Erträgnissen des gepfändeten Rechtes (§ 99 III BGB) zu rechnen (vgl. Note 8).

[11]) Jaeckel-Güthe A. 1 zu § 152; v. d. Pfordten A. 2 zu § 152; Reinhard K I und III 1e zu § 152.

und soll der Verwalter nach Aufhebung des Verfahrens das noch nicht verwandte Bargeld und die vom Vorschuß angekauften Sachen dem Schuldner ausliefern, obwohl sie aus Mitteln des Gläubigers stammen? Man wird deshalb wohl annehmen müssen, daß, solange der vom Gläubiger geleistete Vorschuß noch nicht als Verwaltungsausgabe gedeckt ist[12]), dieser im Eigen des Gläubigers verbleibt, und daß bis zu diesem Zeitpunkt auch die davon angeschafften Gegenstände kraft Surrogation zum Eigentum des Gläubigers gehören. Denn für den Eigentumsübergang muß der Zeitpunkt, wo der für die Anschaffung der Sachen geleistete Vorschuß dem Gläubiger zurückgezahlt wird, als entscheidend angesehen werden. Solange die Sachen mit Mitteln des Gläubigers angeschafft sind, überwiegt das Interesse des Gläubigers an ihnen; dieses hört aber auf und weicht dem Interesse des Schuldners in dem Moment, wo die Sachen nicht mehr mit Mitteln des Gläubigers, sondern aus den Erträgnissen des Rechtes angeschafft sind, und das ist eben der Fall, sobald der Vorschuß dem Gläubiger gezahlt ist.

[12]) Vgl. unten § 9 IV 1 a.

§ 8.

3. Ernennung des Zwangsverwalters, Besitzverschaffung, Instruktion.

I. Die Ernennung des Verwalters. Sie ist vom Gericht mit der Anordnung der Verwaltung zu verbinden oder hat ihr unmittelbar zu folgen. Der die Ernennung aussprechende Beschluß ist den Parteien zuzustellen. Das Gericht hat außerdem den Verwalter von seiner Ernennung zu benachrichtigen. Da dieser zur Ausübung seines Amtes einer Legitimation bedarf, wird es ihm entweder eine Ausfertigung des Ernennungsbeschlusses erteilen[1]) oder ihm eine Bestallung[2]) ausstellen nach Art der dem Vormund zu erteilenden Bestallung (vgl. § 1791 BGB). Doch ist zu beachten, daß darin nur ein Zeugnis über die Bestellung liegt, daß aber diese Urkunde ein Legitimationspapier im Sinne von §§ 169, 172 II BGB nicht darstellt[3]). Gutgläubige Dritte, die sich darauf verlassen, daß der Verwalter, weil im Besitze der Urkunde, noch Verwalter sei, sind nicht geschützt, wenn inzwischen sein Amt erloschen ist. Um einem Mißbrauch vorzubeugen, wird das Gericht die Rückgabe des Beschlusses veranlassen, wenn der Verwalter sein Amt nicht antritt oder wenn das Amt erlischt.

Da der Ernennungsbeschluß über „Art und Weise der Zwangsvollstreckung" Bestimmungen trifft, können sowohl Gläubiger, als auch Schuldner gegen die vom Gericht getroffene Auswahl Erinnerung erheben (§ 766 ZPO); erst gegen die seitens des Vollstreckungsgerichtes daraufhin ergehende Entscheidung ist Beschwerde zulässig[4]). Die

---

[1]) Analog § 1 de Preußischen Allgemeinen Verfügung vom 8. Dezember 1899 und § 14 der Sächsischen Ausführungsverordnung vom 19. Juni 1900.

[2]) So erhält in Württemberg der Zwangsverwalter von Grundstücken nach § 14 der Verfügung vom 10. Oktober 1899 eine Urkunde über die Bestellung.

[3]) Jaeckel-Güthe A. 3 zu § 150; Fischer-Schäfer A. 3 zu § 150; v. d. Pfordten A. 2 Abs. 4 zu § 150; Wolff A. 5 zu § 150.

[4]) Ebenso Reinhard K A. II 4 zu § 150, H A. 3 zu § 150.

Frage, ob dem Verwalter selbst ein Rechtsmittel gegen seine Ablehnung zusteht, ist zu verneinen[5]). Lehnt der Richter jemand durch Beschluß als Verwalter ab, so hat dieser dagegen kein Rechtsmittel, denn es ist kein Recht verletzt; ein Recht auf Übernahme einer Vermögensverwaltung gibt es nicht[6]). Wird jemand zum Verwalter ernannt, so wird man dem Betreffenden gleichfalls ein Rechtsmittel nicht zugestehen dürfen. Er braucht ja das Amt nicht zu übernehmen, sondern kann es ausschlagen.

Von des Ausschlagungsrecht kann der Verwalter auch stillschweigend Gebrauch machen. Sein Schweigen wird im Zweifel als Ablehnung anzusehen sein. Der Verwalter kann selbst dann noch die Übernahme des Amtes ablehnen, wenn er sich dem Gericht gegenüber vorher zur Übernahme bereit erklärt hat[7]).

Wie die Ablehnung, so kann der Verwalter auch die Übernahme des Amtes stillschweigend erklären. Es genügt, daß er die Verwaltergeschäfte ausübt. Hat er das Amt einmal angenommen, so kann er es zwar jederzeit niederlegen. Man wird jedoch hier die Bestimmungen über die vertragsmäßige Verwaltung (§§ 627, 671 BGB) entsprechend anzuwenden haben. Darnach macht sich der Verwalter schadensersatzpflichtig, wenn er ohne wichtigen Grund zur Unzeit sein Amt niederlegt, ohne daß dem Gericht Gelegenheit gegeben ist, sich rechtzeitig einen andern Verwalter zu beschaffen.

II. Die Auswahl des Verwalters. Sie steht lediglich dem Gericht zu. Gläubiger und Schuldner können eine geeignete, ihnen bekannte Person nur vorschlagen, ohne daß das Gericht an ihren Vorschlag gebunden wäre. Das Gericht kann auch nach Lage der Dinge im Gläubiger oder Schuldner selbst den geeignetsten Verwalter erblicken; doch steht dem das Bedenken entgegen, daß einerseits der Gläubiger seine Stellung ausnützt und Raubbau treibt, und daß andererseits der Schuldner die Vollstreckung durch passive Resistenz oder sonstwie illusorisch zu machen sucht und deshalb eine erhöhte Kontrolle seitens des Gerichts nötig macht. Immerhin ist die Wahl des Schuldners nicht von vornherein als mit dem Zwecke der Zwangsverwaltung unvereinbar abzulehnen[8]). Vielmehr entscheidet

[5]) AA Fischer-Schäfer A. 2 zu § 150.
[6]) So zutreffend Wolff A. 4 zu § 150.
[7]) AA v. d. Pfordten A. 2 Abs. 3 zu § 150.
[8]) So Fischer-Schäfer A. 1 zu § 150; vgl. auch Jaeckel-Güthe A. 2 zu § 150; Kretzschmar § 76 I. Dagegen halten die Wahl für prinzipiell unzulässig: v. d. Pfordten A. 2 zu § 150; Reinhard K A. II 2 zu § 150, H A. 3 zu § 150; Wolff A. 1 zu § 150.

die praktische Notwendigkeit, falls die Person und der gute Wille des Schuldners zu keinem Bedenken Anlaß geben.

III. Die Besitzverschaffung. Bei Nutzungsrechten an fremder Sache einschließlich dem Pachtrecht hat das Gericht dem Verwalter, soweit kein Drittberechtigter den Besitz der Sache ausübt und dem Verwalter infolgedessen nur der mittelbare Besitz zukommt, unverzüglich den unmittelbaren Besitz der Sache zu verschaffen. Das Gericht kann es dem Verwalter anheimstellen, sich selbst in den Besitz der Sache zu setzen. Er wird dies insbesondere dann als den einfachsten Weg wählen, wenn die Sache, z. B. ein Miethaus, zum größten Teil in Besitz von Drittberechtigten ist, und der Besitzerwerb darin sich erschöpft, daß der Verwalter sich die nötigen Schlüssel verschafft. Im übrigen hat das Gericht den Beamten zu bestimmen, der den Schuldner aus dem Besitz zu setzen und die Sache dem Verwalter zu übergeben hat. In der Regel wird sich dem Gericht als die geeignetste Person der Gerichtsvollzieher darbieten. Das Vorgehen des Gerichtsvollziehers unterliegt dann den Vorschriften der §§ 758—763 ZPO.

Der Richter kann aber auch einen anderen Beamten mit der Übergabe beauftragen, z. B. einen Gerichtsschreiber, auch einen Beamten, der gar nicht Gerichtsbeamter ist, etwa einen Gemeindebeamten. Der Richter kann die Übergabe auch selbst vollziehen. Da es sich dann um eine Verhandlung außerhalb der Sitzung im Sinne von § 165 ZPO handelt, hat er einen Gerichtsschreiber zuzuziehen[9]).

Soweit das Gericht die Besitzeinweisung anderen Personen aufträgt als dem Gerichtsvollzieher, haben diese, falls sie Widerstand finden, kein Recht zur Gewaltanwendung, sondern sie müssen einen Gerichtsvollzieher zuziehen. Das gilt auch für den Richter, der die Besitzeinweisung selbst vornimmt; nicht weil ihm die Zwangsgewalt fehlt, sondern weil die Anwendung unmittelbarer Gewalt mit seiner richterlichen Stellung nicht vereinbar sein würde[10]). Ist der Verwalter selbst ermächtigt, sich in den Besitz der Sache zu setzen, so kann auch er nicht den Widerstand des Schuldners gewaltsam brechen, ebensowenig wie er selbst polizeilichen oder gar militärischen Schutz anrufen kann. Er muß vielmehr beim Gericht beantragen, daß die Übergabe durch einen Gerichtsvollzieher angeordnet wird;

[9]) So Fischer-Schäfer A. 3 zu § 150 und die dort zitierte Literatur.

[10]) v. d. Pfordten A. 5b zu § 150.

dringendenfalls hat er, unter Vorzeigung seines Ausweises, selbst einen Gerichtsvollzieher zu beauftragen[11]).

In jedem Falle ist ein Protokoll über die Übergabeverhandlung aufzunehmen. Für den Gerichtsvollzieher ergibt sich dies aus § 762 ZPO, für den Richter aus §§ 159 ff. ZPO.

Bei der Aufnahme des Protokolls sind tunlichst der Schuldner und der Gläubiger zuzuziehen. Die Mitwirkung des Verwalters versteht sich von selbst aus dem Übergabezwecke der ganzen Verhandlung.

IV. Das Wohnrecht des Schuldners. Einer besondren Berücksichtigung bedarf der Fall, daß der Schuldner auf dem Grundstück, das mit dem gepfändeten Nutzungsrecht belastet ist, wohnt. Man wird dem Schuldner dann analog § 149 I ZVG das Recht zugestehen müssen, auf dem Grundstück wohnen zu bleiben. Bei der Besitzübergabe an den Verwalter sind ihm die für seinen Haushalt unentbehrlichen Räume zu überlassen. Über die Frage der Unentbehrlichkeit entscheidet zunächst der Verwalter, auf die Erinnerung des Gläubigers oder Schuldners hin das Vollstreckungsgericht, tunlichst nach Gehör des Verwalters. Gegen die Entscheidung des Gerichts ist dann wieder seitens der Parteien Erinnerung und schließlich Beschwerde zulässig. Dem Verwalter fehlt mangels persönlichen Rechtsinteresses das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde[12]). Das Wohnrecht genießt übrigens nicht nur der Schuldner persönlich, sondern auch seine Familie.

Es kann dem Schuldner entzogen werden, wenn er oder ein Mitglied seines Hausstandes das Grundstück oder die Verwaltung schuldhafterweise[13]) gefährdet (analog § 149 II ZVG). Auf Antrag des Gläubigers oder Verwalters hat in solchem Falle das Gericht dem Schuldner die Räumung des Grundstücks aufzugeben. Gegen den Beschluß der Räumung steht dem Schuldner — falls durch vorheriges Gehör die Erinnerung nach § 766 sich erledigt hat — nicht aber dem Verwalter, die sofortige Beschwerde zu[14]). Statt der Räumung kann aber das Gericht nach Wahl des Gläubigers oder Verwalters auch andere Maßregeln ergreifen[15]).

V. Die Berücksichtigung von Drittberechtigten. Die Besitzergreifung richtet sich gegen den Schuldner oder seine

---

[11]) v. d. Pfordten A. 5c zu § 150.
[12]) AA Wolff A. 6 zu § 149.
[13]) So Wolff A. 5 zu § 149.
[14]) So Reinhard K III 2 zu § 149.
[15]) So Jaeckel-Güthe A. 4 zu § 149; Fischer-Schäfer A. 2g zu § 146; v. d. Pfordten A. 2g zu § 146, 6e zu §§ 148, 149; Wolff A. 4e zu § 146.

Besitzdiener. Befindet sich ein Drittberechtigter im Besitz der Sache (etwa der Ehemann beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung), so kann seine Entsetzung nur vorgenommen werden, wenn gegen ihn ein vollstreckbarer Titel vorliegt, auf Grund dessen er zur Duldung der Zwangsverwaltung verpflichtet ist (vgl. §§ 739 ff. ZPO). Ist die belastete Sache vermietet oder verpachtet, so wirkt der Vertrag auch dem Verwalter gegenüber (analog § 152 II ZVG): der Dritte bleibt im unmittelbaren Besitz der Sache. Gegen Besitzstörungen seitens des Verwalters würde ihm die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO als Besitzer zustehen[16]).

VI. Die Wirkung der Übergabe ist die Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Verwalter. Der Schuldner wird zum mittelbaren Besitzer. Dem Schuldner steht dementsprechend der Besitzschutz nach den §§ 858 ff. BGB zu, dem Schuldner als mittelbaren Besitzer nach § 869 BGB auch die Ansprüche aus §§ 861, 862 BGB. — Ist die belastete Sache vermietet oder verpachtet, so bleibt der Mieter oder Pächter im unmittelbaren Besitz; der Verwalter wird mittelbarer Besitzer. Sind, wie beim Miethaus, nur einzelne Teile der Sache in fremdem Besitz, so erlangt der Verwalter über diese Teile den mittelbaren Besitz, über die von der Miete freien Teile (z. B. die für die Hausverwaltung notwendigen Geräteschuppen usw.) den unmittelbaren Besitz. — In keiner Weise erlangt der Gläubiger durch die Übergabe der Sache an den Verwalter an dieser Besitz[17]).

VII. Die Instruktion. Es ist dem Gericht vollständig freigestellt, die Geschäftsführung des Verwalters nach eignem Ermessen in Anpassung an das konkrete gepfändete Nutzungsrecht zu regeln. Soweit ein Nutzungsrecht an einem Grundstück zu verwalten ist, wird es sich tunlichst an die Vorschriften des ZVG und der ergänzenden landesrechtlichen Normen anlehnen. Vor Erteilung der Instruktion hat das Gericht Gläubiger und Schuldner zu hören (analog § 153 I ZVG). Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist ferner die Instruktion schriftlich zu erteilen.

Zur Regelung der Geschäftsführung des Zwangsverwalters bedarf es einer besonders ausführlichen Instruktion. Alle die Bestimmungen der ZPO, des ZVG und des Landesrechts, die das Gericht im konkreten Fall für anwendbar erachtet, sind in die Instruktion aufzunehmen. Der Instruktion fällt hier eine wesentlich wirksamere Rolle zu,

[16]) S. u. unter § 9 III 1.

[17]) Ebenso Jaeckel-Güthe A. 7 zu § 150; Fischer-Schäfer A. 4. zu § 150; v. d. Pfordten A. 4 zu § 150.

als bei der Zwangsverwaltung von Grundstücken, wo der Verwalter seine Tätigkeit im ZVG und den landesrechtlichen Ergänzungsbestimmungen genau geregelt findet. Sie soll nicht für die Geschäftsführung und den Pflichtenkreis des Verwalters die nötige rechtliche Grundlage abgeben, sondern soll ihm zur Information über seine ganze Rechtstellung dienen. Sie hat deshalb nicht nur möglichst genau den Pflichtenkreis des Verwalters zu bestimmen, sondern darüber hinaus hat sie auch Rechtssätze zu enthalten, die sich aus der ZPO und aus der analogen Anwendung des ZVG und seiner landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen ergeben, deren Normierung außerhalb der gerichtlichen Kompetenz liegt. Natürlich ist es Sache des Gerichts, genau festzustellen, was es im Einzelfalle mit Wahrscheinlichkeit als Rechtens annehmen kann und nicht sich Rechtsätze willkürlich zu bilden.

Für den Verwalter bildet die Instruktion die Quelle seiner Pflichten, zugleich aber auch die Quelle seiner Befugnisse. Soweit er in ihrem Rahmen handelt, ist er von jeder Haftung frei, selbst dann, wenn sie gesetzwidrige Anordnungen enthält[18]). Andrerseits kann der Verwalter nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn er gesetzwidrige Anordnungen nicht befolgt[19]). An die Weisungen des Gläubigers oder Schuldners ist der Verwalter nicht gebunden. Haben diese an der Instruktion etwas auszusetzen, so steht ihnen als Rechtsmittel die sofortige Beschwerde zur Verfügung. Da die Instruktion erst nach Gehör der Parteien erteilt worden ist, bedarf es hier keiner vorherigen Erinnerung nach § 766, obwohl es sich um eine die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffende Verfügung handelt[20]). Der Verwalter kann wohl gegen die Instruktion vorstellig werden und auf unzweckmäßige Anordnungen hinweisen, die sofortige Beschwerde steht ihm aber nicht zu[21]).

[18]) Auf eine Prüfung der Anweisung auf ihre Gesetzmäßigkeit hin braucht er sich nicht einzulassen.

[19]) So v. d. Pfordten A. 1 zu § 153; a. A. Wolff A. 2 zu § 153; Reinhard K A. II 1 zu § 153, H A. 1 zu § 154.

[20]) Jaekel-Güthe A. 1 zu § 153; Fischer-Schäfer A. 2a zu § 153; v. d. Pfordten A. 2 zu § 153; Wolff A. 2 zu § 153; Reinhard K A. II 1 zu § 153 übersieht, daß die Erinnerung nach § 766 ZPO durch das vorherige Gehör der Parteien überflüssig geworden ist; in H. A. 2 zu § 153: jetzt richtig: sofortige Beschwerde.

[21]) Fischer-Schäfer A. 2a zu § 153; v. d. Pfordten A. 2 zu § 153; Reinhard H A. 2 zu § 153.

§ 9.

4. Die Tätigkeit des Verwalters, seine Amtspflichten und -befugnisse.

Da die Tätigkeit des Verwalters ihre rechtliche Basis in der Instruktion des Gerichts hat und für diese der Zweck der Zwangsverwaltung und die Eigenart des konkreten gepfändeten Nutzungsrechtes bestimmend ist, kann es sich im Folgenden nur darum handeln, allgemeine Grundzüge darzustellen.

I. Die Ausübung des zu verwaltenden Nutzungsrechtes. Der Verwalter hat das Recht an Stelle des Schuldners auszuüben; diesem steht es zwar nach wie vor zu, es ist aber seiner Ausübung entzogen. Das ist die eine Seite der Tätigkeit des Verwalters, die reine Verwaltungstätigkeit, die sich noch nicht unmittelbar mit der Befriedigung des betreibenden Gläubigers beschäftigt.

Ist das gepfändete Recht ein Nutzungsrecht an fremder Sache, einschließlich dem Patentrecht, so ist es die Aufgabe des Verwalters, alle Handlungen vorzunehmen, die zur Benutzung der Sache und zur Gewinnung der Früchte notwendig sind. Zu diesem Zweck hat er nicht nur die erforderlichen tatsächlichen Verrichtungen zur Ausübng des Rechtes vorzunehmen, sondern vor allem mit bindender Wirkung für den Schuldner die erforderlichen Rechtsgeschäfte abzuschließen und insofern als Vertreter des Schuldners im technischen Sinn aufzutreten. Hier sind vor allem zu nennen Dienstverträge mit Arbeitern und Gesinde, Werkverträge, Kaufverträge mit Lieferanten von Rohprodukten usw.. Dem Verwalter steht auch ein beschränktes Verfügungsrecht zu, nämlich über Zubehörstücke[1]), wenn deren Veräußerung oder Vernichtung (man

[1]) Ebenso Jaeckel-Güthe A. 7 zu § 152; Fischer-Schäfer A. 4 zu § 152; v. d. Pfordten A. 4 zu § 152; Reinhard K III 1d zu § 152; Wolff A. 9 zu § 152.

denke z. B. an Tiere mit ansteckenden Krankheiten) im Interesse einer ordnungsgemäßen Wirtschaft geboten erscheint. Dies gilt nicht nur von den Zubehörstücken, die im Eigentum des Schuldners stehen und zur Verwaltungsmasse gehören, sondern auch von denen, die in fremdem Eigentum stehen, vorausgesetzt, daß das gepfändete Recht dies gestattet (z. B. beim Nießbrauch, vgl. § 1048 BGB), Nicht befugt ist der Verwalter zum Abschluß von Darlehnsverträgen und ähnlichen Kreditgeschäften[2]) am allerwenigsten zur Beschaffung von Barmitteln durch Belastung des gepfändeten Nutzungsrechtes (soweit dieses überhaupt belastbar ist). Fehlt es ihm an barem Gelde, so hat er dies dem Gericht zu melden, das dann dem Gläubiger eine Vorschußleistung aufzuerlegen hat.

Zu den Pflichten des Verwalters gehört aber nicht nur die Benutzung der belasteten Sache, sondern auch die Geltendmachung aller Befugnisse, die dem Inhaber des Rechtes als solchem zustehen. Er hat daher nicht nur die possessorischen Rechtsmittel aus §§ 859, 861, 862 BGB geltend zu machen[3]), sondern er kann auch petitorisch klagen, beim Nießbrauch z. B. die sich aus § 1065 ergebenden Ansprüche geltend machen[4]). Es ist nicht einzusehen, warum die Ausübung gerade dieser wichtigen Rechte, von denen die Durchführung der Verwaltung abhängen kann, nur dem Schuldner anheim gestellt sein soll, dem doch sonst jede Verwaltungstätigkeit hinsichtlich des gepfändeten Nutzungsrechts und der mit diesem belasteten Sache entzogen ist. — Der Verwalter hat ferner geltend zu machen die zur Verwaltungsmasse gehörigen Ansprüche, die entweder von der Pfändung des Rechtes mitergriffen oder besonders gepfändet sind; er hat also vor allem den Miet- und Pachtzins und die Versicherugsgelder einzukassieren. Diese hat er aber nur insoweit einzuziehen, als es ihm zweckmäßig erscheint, also z. B. nicht, wenn er damit die Verpflichtung zum Aufbau zerstörter Gebäude übernimmt, und dies unangebracht ist[5]). Die eingezogenen Beträge fließen in die Verwaltungsmasse und sind Eigentum des Schuldners. — Anfechtungshandlungen auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 kann der Verwalter nicht vornehmen[6]).

[2]) So Fischer-Schäfer A. 4 zu § 152; v. d. Pfordten A. 4 zu § 152; a. A. Wolff A. 9 zu § 152.

[3]) Genaueres über seine Prozeßführung s. u. unter III 2.

[4]) AA Jaeckel-Güthe A. 5 zu § 152; Fischer-Schäfer A. 7 zu § 152 bez. der analogen Frage beim Herausgabeanspruch des Eigentümers.

[5]) Vgl. Jaeckel-Güthe A. 1 zu § 152; Fischer-Schäfer A. 2 zu § 152.

[6]) Ebenso Jaeckel-Güthe A 2 zu § 152; Fischer-

— Ist ein Nießbrauch an einem Grundstück der Verwaltung unterstellt, so ergreift der Nießbrauch auch die mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Rechte, die nach § 96 BGB als Bestandteile des Grundstücks zu gelten haben, z. B. subjektiv-dingliche Reallasten. Die Ausübung dieser Rechte gehört infolgedessen auch zu den Aufgaben des Verwalters. Ein Vorkaufsrecht kann der Verwalter allerdings nicht ausüben, da dieses unübertragbar ist[7]). — Schließlich ist noch zu erwähnen, daß auch die Geltendmachung von Schadensersatz- und ähnlichen Ansprüchen in den Kreis der Verwalterpflichten fällt[8]).

II. Die Umsetzung der Nutzungen in Geld. Die vom Verwalter gezogenen Nutzungen sind als solche, da es sich meist um Früchte oder Erzeugnisse des Bodens oder um Gewerbeprodukte handelt, zur Befriedigung des Gläubigers unmittelbar nicht verwendbar. Soweit nicht der Gläubiger — etwa mit Rücksicht auf den Schuldner zur Erhaltung seines notdürftigen Lebensunterhaltes freiwillig auf sie verzichtet (in diesem Falle hat der Verwalter seinen Weisungen Folge zu leisten), müssen sie in Geld umgesetzt werden. Dies zu tun ist Aufgabe des Verwalters. Er hat den Absatz der Erzeugnisse zu veranlassen, sei es, daß er einen Gerichtsvollzieher mit ihrer Versteigerung beauftragt, sei es, daß er selbst mit Abnehmern Verträge abschließt. In diesem Falle wird aus den Verträgen berechtigt und verpflichtet allein der Schuldner; der Verwalter handelt als sein gesetzlicher Vertreter. Doch fehlt dem Schuldner die Fähigkeit, über die Forderung zu verfügen, insbesondere den Kaufpreis einzuziehen. Sie steht vielmehr allein dem Verwalter zu, denn die Forderungen gegenüber den Kunden gehören in gleicher Weise zur Verwaltungsmasse, wie die Nutzungen selbst. In die Verwaltungsmasse fließt schließlich auch der Erlös für die verkauften Erzeugnisse.

III. Die Rechtstellung des Verwalters nach außen. Ist die Ausübung des zu verwaltenden Nutzungsrechts auch zunächst nur ein rein interner Akt zwischen Gläubiger, Schuldner, Verwalter und Gericht, so tritt doch der Verwalter in vielen Beziehungen mit Unbeteiligten in Berührung. Seine Tätigkeit ist zum wenigsten auf rein tatsächliche Verrichtungen beschränkt; denn dazu kann er sich das nötige Gesinde und Personal halten. Vielmehr

---

Schäfer A. 7 zu § 152; v. d. Pfordten 3b zu § 152; Reinhard K III 1a Abs. 1 zu § 152; Wolff A. 2 zu § 152.

[7]) Vgl. hierzu Staudinger A. I 1c zu § 1030; Jaeckel-Güthe A. 6 zu § 152; v. d. Pfordten A. 3b zu § 152.

[8]) Vgl. Jaeckel-Güthe A. 4 zu § 152.

bildet einen wichtigen Teil seiner Aufgabe die Geltendmachung von Rechten und Ansprüchen des Schuldners gegen Dritte, z. B. die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses, und der Abschluß von Verträgen mit Gesinde, Arbeitern, Angestellten, Handwerkern, Kunden usw. Wie weit reicht nun die Befugnis, Rechtsgeschäfte mit bindender Wirkung für den Schuldner als dessen Vertreter abzuschließen? Wann darf der Verwalter rechtsgeschäftlich handelnd auftreten? Man kann diese Fragen kurz dahin beantworten: alle Handlungen, zu deren Vornahme den Verwalter sein Amt verpflichtet, berechtigen ihn auch zur Vornahme der dazu benötigten Rechtsgeschäfte. Der Verwalter hat die Pflicht die Erzeugnisse zu versilbern; er hat infolgedessen auch das Recht, mit Kunden Verträge abzuschließen. Er hat die Pflicht den Mietzins einzuziehen, er hat infolgedessen auch das Recht, durch die Einziehung über die Mietzinsforderung zu verfügen usw. Überall bildet der Inhalt seines Amtes, der auf Ausübung eines Nutzungsrechtes zugunsten des betreibenden Gläubigers gerichtet ist, den Rahmen seiner Vertretungsbefugnisse in rechtsgeschäftlicher Beziehung. Er bildet zugleich auch dessen Grenze. Was außerhalb des Kreises seiner Tätigkeit liegt, darf der Verwalter nicht vornehmen; Rechtsgeschäfte, die er auf dem ihm fernliegenden Gebiet vornimmt, vollzieht er als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Dabei ist für die Wirksamkeit seiner Rechtshandlungen, insbesondre Dritten gegenüber, nicht maßgebend, ob dies in concreto den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, sondern ob sie der Dritte für den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechend halten durfte. Wollte man den Dritten die Verantwortung mit dafür tragen lassen, daß das Rechtsgeschäft mit dem Verwalter gegen dessen Instruktion oder eine besondere Anweisung des Gerichtes oder ganz allgemein gegen die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gerade in diesem einzelnen Falle verstieß, so würde sich bald niemand mehr finden, der mit dem Verwalter Geschäfte einginge. So kann der Verwalter z .B. wirksam Stroh verkaufen, obwohl er es besser hätte in der eignen Wirtschaft verwenden können, weil der Käufer das nicht wissen kann[9]).

Die Beziehungen des Verwalters nach außen bedürfen noch in zwei Punkten einer besonderen Betrachtung.

1. Die Stellung des Verwalters gegenüber den vom Schuldner vor Anordnung der Verwaltung abgeschlossenen Verträgen.

[9]) Vgl. Fischer-Schäfer A. 2a zu § 153.

Der Verwalter tritt in die sachenrechtliche Lage des Schuldners ein, da er nicht mehr Rechte ausüben kann, als diesem selbst zustehen. Für die obligatorischen Verträge dagegen ist ein anderer Gesichtspunkt maßgeblich. Der Verwalter ist zu ihrer Erfüllung nicht schlechthin verpflichtet. Es fragt sich, inwieweit die Verträge mit der Verwaltung des Rechtes zusammenhängen: fallen sie in das Gebiet der dem Verwalter obliegenden Rechtsausübung und gehört es zu einer ordnungsgemäßen Ausübung des Rechtes, insbesondere zur Erhaltung der belasteten Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande, so hat der Verwalter die Erfüllung zu übernehmen. Wir sehen, der oben aufgestellte Satz: Der Verwalter ist zur Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte nach außen berechtigt, die im Rahmen seiner Verwalterpflichten liegen, verträgt eine Ergänzung in der Richtung: der Verwalter ist auch nach außen zum Eintritt in Rechtsverhältnisse verpflichtet, wenn dieser Eintritt seiner Pflicht als Verwalter entspricht. Hatte der Schuldner z. B. einen Werkvertrag abgeschlossen über eine Reparatur der belasteten Sache, und der Verwalter hält die Reparatur für notwendig, so hat er den Werkvertrag zu respektieren. Ebenso wird der Verwalter Arbeiter, Gesinde und Handlungsgehilfen, deren Dienste mit der belasteten Sache und der Gewinnung der Erzeugnisse im Zusammenhang stehen, und die dafür unentbehrlich sind, zu übernehmen haben. Würde er auf ihre Dienste verzichten, so würden ihre Lohnansprüche damit nicht erlöschen, im Gegenteil, als Verwaltungsausgaben[10]) aus den Erträgnissen vorweg zu decken sein. Es würde aber den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechen, wollte der Verwalter neues Gesinde übernehmen und damit die Erträgnisse schmälern. Andrerseits ist der Verwalter zur Übernahme des Gesindes auch berechtigt, und dieses kann sich dem nicht durch Berufung auf die Unübertragbarkeit der Ansprüche aus dem Dienstvertrag entziehen. Denn es bleibt der alte Dienstvertrag ohne Änderung seines Inhaltes bestehen[11]). Den Anspruch auf die Dienste hat rechtlich der Schuldner; der Verwalter nimmt sie nur als dessen gesetzlicher Vertreter entgegen.

Das Prinzip der ordnungsgemäßen Wirtschaft würde allein schon genügen, die Pflicht des Verwalters zu begründen, die bestehenden Miet- und Pachtverträge zu berücksichtigen, wenn die Sache dem Dritten bereits über-

[10]) S. u. unter IV 1 a.

[11]) Reinhard K III 1 b zu § 152; a. A. v. d. Pfordten A. 4 zu § 152.

geben war. Die analoge Anwendung von § 152 II ZVG enthebt uns jedes Zweifels[12]). Würde der Verwalter ohne Rücksicht auf die bestehenden Miet- und Pachtverträge die Verwaltung in einer Art und Weise ausüben, die eine Besitzbeeinträchtigung des Mieters oder Pächters in sich schlösse, so könnte dieser als Besitzer[13]) die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO erheben.

2. Die Prozeßführung des Verwalters. Es erstreckt sich die Aktiv- und Passivlegitimation auf alle Prozesse, die dazu dienen, das Recht selbst dem Schuldner zu erhalten und die belastete Sache mit ihrem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen, ferner auf alle Prozesse, durch die Ansprüche geltend gemacht werden, auf die sich die Pfändung erstreckt, oder die in Verbindung mit dem Hauptrecht, wenn auch begrifflich selbständig, gepfändet sind, schließlich auf alle Prozesse aus den vom Verwalter abgeschlossenen Geschäften. Bereits anhängige Prozesse gehen auf den Verwalter als gesetzlichen Vertreter über, denn die Disposition über die Gegenstände dieser Prozesse ist dem Schuldner durch die Pfändung entzogen. Dieser Eintritt des Verwalters in den Prozeß vollzieht sich ohne Unterbrechung des Verfahrens, denn der Schuldner ist durch die Anordnung der Zwangsverwaltung nicht prozeßunfähig geworden. § 241 ZPO, der die Prozeßunfähigkeit der Partei voraussetzt, findet deshalb auf diesen Fall keine Anwendung[14]). War bereits vor Anordnung der Verwaltung ein Urteil für oder gegen den Schuldner ergangen, so gilt es ohne Umstellung der Vollstreckungsklausel auch für und gegen den Verwalter[15]). Das im Prozeß gegen den Verwal-

[12]) Das ZVG hat diese Bestimmung, die sich bereits aus den Verwalterpflichten im allgemeinen ergibt, ausdrücklich ausgesprochen, um jeden Zweifel zu zerstören, daß hier § 57 ZVG, wonach der Ersteher den Vertrag kündigen kann, nicht anwendbar ist.

[13]) Vgl. Stein A. II 1 b zu § 771 ZPO.

[14]) So Wolff A. 5 zu § 152. Nach der herrschenden Meinung setzt sich das Verfahren gleichfalls ohne Unterbrechung fort, geht aber nicht auf den Verwalter über, da dieser nicht gesetzlicher Vertreter sei. Dieser könne vielmehr nur als Nebenintervenient beitreten. Vgl. Jaeckel-Güthe A. 8 zu § 152; Fischer-Schäfer A. 8 zu § 152; v. d. Pfordten A. 5 zu § 152; Reinhard K III 4 zu § 152 und H A. 6 zu § 152. Die beiden Letztgenannten lehren dies mit der Begründung, daß § 265 ZPO analog anwendbar sei. Die Unanwendbarkeit von § 241 ZPO wird auch von der herrschenden Meinung angenommen.

[15]) Denn der Verwalter ist nicht Rechtsnachfolger des Schuldners. Vom Standpunkt der „Vertretungstheorie" aus läßt sich auch die analoge Anwendung von § 727 ZPO nicht rechtfertigen. Vgl. zu dieser Streitfrage einerseits KG in KGBl 8, 63, Leipz. Ztsch. 1907, 296; Jaeger A. 35 zu § 6 KO; Petersen-Anger N. 4 zu

ter ergangene Urteil wirkt auch für und gegen den Schuldner, ohne daß es die Umstellung der Vollstreckungsklausel bedürfte[16]). Endet die Verwaltung während schwebenden Prozesses, so findet ebenfalls keine Unterbrechung statt, sondern der Rechtsstreit geht ohne Unterbrechung auf den Schuldner über[17]).

Damit, daß der Verwalter die Prozesse als Vertreter des Schuldners führt, ist bereits gesagt, daß nicht ihm, sondern dem Schuldner die Parteistellung im Prozesse zukommt[18]).

IV. Die Verwendung des Erlöses aus den Erträgnissen. Die Geldbeträge, die der Verwalter bei der Veräußerung der Erzeugnisse oder als Miet- oder Pachtzins oder sonstwie erlangt, sind zu verwenden zur Ermöglichung der Verwaltungsfortführung[19]) und zur Befriedigung des Pfändungsgläubigers[20]).

1. **Die Deckung der Verwaltungsausgaben- und -kosten.** Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung macht sich hier besonders störend bemerkbar. Soll es dem Gutdünken und der Willkür des Verwalters überlassen bleiben, wie er die Kassenbeträge verwenden soll? Es ist Aufgabe des Gerichts, ihm hier strenge Verhaltungsmaßregeln zu erteilen. Dabei wird es sich auch hier, soweit es der konkrete Zwangsverwaltungsfall zuläßt, die Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes zum Muster nehmen. Darnach wir des dem Verwalter vor allem vorschreiben, zu allererst, ehe er das Geld zur Befriedigung des Gläubigers verwendet, es zur Bestreitung der Ausgaben der Verwaltung und der Kosten des Verfahrens zu verwenden.

a) **Die Ausgaben der Verwaltung.** Zu ihnen gehört all das, was der Verwalter aufwenden muß, um seine Aufgaben als Verwalter in sachgemäßer Weise zu erfüllen. Sie werden gebildet von den Ausgaben für die Instandhaltung

§ 727 ZPO; Wolff a. a. O.; andererseits: OLH Hamburg Rspr. 5, 450; OLG Celle Rspr. 14, 161; Seuffert N. 4f. zu § 727; Stein N. 36f. zu § 727; Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.; u. a.

[16]) So Wolff a. a. O.; a. a. Jaeckel-Güthe A. 12 zu § 161; vgl. auch Note 15.

[16]) So Wolff a. a. O.; a. A. Jaeckel-Güthe A. 12 zu der Verwalter durch die Aufhebung der Verwaltung überhaupt nicht ohne weiteres die Befugnis zur Fortführung des Prozesses; vgl. Jaeckel-Güthe A. 12 zu § 161 und die dort zitierten RGE., ferner Kretzschmar a. a. O.; a. A.; Wolff A. 7 zu § 161; Fischer-Schäfer a. a.O.; v. d. Pfordten A. II 2 zu § 161.

[18]) Darüber, wie die theoretische Schwierigkeit, den Schuldner als Zeugen vernehmen zu lassen, vom Boden dieser Auffassung aus zu beheben ist, vgl. Jaeger A. 32 zu § 6 KO.

[19]) S. u. unter 1.

[20]) S. u. unter 2.

der belasteten Sache, insbesondere von Grundstücken und Gebäuden, von Anschaffungs- und Reparaturkosten für das Zubehör (also insbesondre für die Beschaffung der erforderlichen Geräte und Werkzeuge), für die Beschaffung der nötigen Rohmaterialien, wenn die Ausübung des gepfändeten Rechts einen Gewerbebetrieb darstellt, z. B. die Kosten für Saatgetreide und Futtervorräte. Ferner gehören hierher die Löhne. Bezüglich der Löhne empfiehlt es sich für das Gericht, bei Aufstellung der Instruktion in einem bestimmten Punkte vom ZVG abzuweichen. Das ZVG unterscheidet sie in § 155 II von den Ausgaben der Verwaltung, und da sich andrerseits die Eigenschaft der Löhne als Verwaltungsspesen nicht leugnen läßt, hat die Unterscheidung im Gesetz in der Literatur zu der übertrieben genauen Unterscheidung geführt zwischen Löhnen als Entgelt für die Zeit vom letzten Fälligkeitstermin vor der Beschlagnahme bis zu dieser und Löhnen als Entgelt für die Zeit nach der Beschlagnahme. Diese rechnet man zu den Verwaltungsausgaben, die vorweg zu berichtigen sind, jene zu den aus den Überschüssen zu berichtigenden Beträgen. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb der Arbeiter mit dem Lohn für die Zeit vor der Beschlagnahme zurückstehen soll hinter den Ansprüchen der Verkäufer von Rohstoffen und den Handwerkern. Es ist ein Gebot der sozialen Gerechtigkeit, diese vom Gesetzgeber wohl übersehene Benachteiligung der Dienstkräfte, die sich bei der Zwangsverwaltung von Grundstücken infolge der positiven Gesetzesvorschriften leider nicht beseitigen läßt, bei der Zwangsverwaltung von Rechten nach § 857 nicht nachzuahmen. Es wird vielmehr das Gericht im Gegensatz zu § 155 II ZVG die Löhne unter den Ausgaben der Verwaltung, die vorweg zu berücksichtigen sind, mit aufzählen.

Die Natur der Ausgaben als Verwaltungsausgaben ändert sich nicht dadurch, daß diese zunächst nicht aus den Erträgnissen, sondern vorschußweise vom Gläubiger oder Verwalter gedeckt werden[21]), wenn sie nur sonst Verwaltungsausgaben sein würden[22]).

b) **Die Kosten des Verfahrens.** Von ihnen fallen weg die Kosten, die durch die Pfändung des Nutzungsrechtes und die Anordnung der Verwaltung entstehen. Denn diese

[21]) Diesem kann das Gericht die Leistung von Vorschriften in der Instruktion verbieten; mangels solchen Verbotes ist die Vorschußleistung seitens des Verwalters zulässig.

[22]) Jaekel-Güthe A. 3 zu § 155; Reinhard K II 1a zu § 155 und H 1a zu § 155; Wolff A. 2a zu § 155; a. A. Kretzschmar § 78a; Fischer-Schäfer A. 1a zu § 155; v. d. Pfordten A. 2a zu § 155.

hat der Gläubiger selbst zu tragen; sie können erst mit dem Range des Hauptrechtes berücksichtigt werden, denn die laufenden Beträge des Liedlohnes wie die öffentlichen Lasten gehen ihnen vor. Es sind demnach unter die vorweg zu bestreitenden Kosten zu rechnen vor allem die Auslagen des Gerichts, z. B. für die Besitzeinweisung des Verwalters.

Eine besondere Rangordnung für die vorweg zu bestreitenden Ausgaben und Kosten dem Verwalter vorzuschreiben empfiehlt sich nicht. Der Verwalter mag sie nach Bedürfnis decken, je nachdem die eine oder andere Verpflichtung gerade fällig ist, oder ihm deren Deckung besonders erwünscht erscheint. Höchstens für die Kosten, auf deren Erstattung die Staatskasse, und für die Vergütung, auf die der Verwalter selbst Anspruch erhebt, kann das Gericht eine besondere Anordnung treffen; es kann die Berücksichtigung jener an erster Stelle und dieser an letzter Stelle vorschreiben.

2. **Die Überschüsse und ihre Verwendung.** Die Überschüsse, die nach Deckung der Verwaltungsausgaben und -kosten übrig bleiben, dienen vor allem der Befriedigung des Pfändungsgläubigers. Das Gericht wird aber dem Verwalter zur Pflicht machen, ehe er zur Befriedigung des Gläubigers schreitet, die öffentlichen Lasten zu berücksichtigen. Natürlich sind nur die laufenden Beträge dieser zu berücksichtigen. Das Staatsinteresse geht dem Privatinteresse entschieden vor. Erst wenn die laufenden Beträge der öffentlichen Lasten gedeckt sind, dürfen die Überschüsse zur Befriedigung des Pfändungsgläubigers verwandt werden. Auch hier ist dem Verwalter tunlichst eine Rangordnung vorzuschreiben, und zwar in Anlehnung an § 367 BGB. Er hat demnach die gezahlten Beträge zunächst auf die Kosten und die laufenden und rückständigen Zinsen, und erst dann auf das Kapital der gläubigerischen Forderung anzurechnen. — Öffentliche Lasten und Forderung des Gläubigers sind ohne weiteres Verfahren vom Verwalter zu berichtigen.

Eine Berücksichtigung etwa vorhandener Vertragspfandgläubiger (dies wäre nur möglich bei veräußerlichen Rechten) findet nicht statt. Insbesondere läßt sich das Verteilungsverfahren des ZVG, das auf Dritte von vornherein Rücksicht nimmt, hier nicht anwenden. Denn die Zwangsverwaltung von Rechten ist keine selbständige Vollstreckungsart, wie die Zwangsverwaltung von Grundstücken, sondern nur eine der Pfändung folgende Verwertungsart. Es ist infolgedessen nicht angebracht, von den allgemeinen Bestimmungen der ZPO, die ein Ver-

teilungsverfahren nur bei Konkurrenz von Pfändungen zuläßt und im übrigen Dritte auf die Rechtsbehelfe der §§ 771 und 805 verweist, abzuweichen[23]). Bestehen zur Zeit der Pfändung bereits Vertragspfandrechte an dem gepfändeten Nutzungsrecht, so werden die Pfandgläubiger in dem darauf für den Pfändungsgläubiger (und lediglich für ihn) angeordneten Zwangsverwaltungsverfahren bei Verwendung der Überschüsse nicht berücksichtigt.

[23]) Vgl. Stein Nr. 2f. zu § 872 ZPO und Grundfragen 101.

§ 10.

5. Haftpflicht des Verwalters, Pflicht zur Rechnungslegung, Vergütung.

I. Die Haftpflicht. Für die ordnungsgemäße Erfüllung aller seiner Pflichten ist der Verwalter dem Pfändungsgläubiger und dem Schuldner gegenüber haftpflichtig. Das ergibt sich aus der analogen Anwendung von § 154 ZVG. Bezüglich Umfang und Maß der Haftung ist aus dem ZVG nichts zu ersehen und muß auf das BGB zurückgegangen werden. Die Haftbarkeit des Verwalters gründet sich nicht auf § 839 BGB, denn der Zwangsverwalter übt zwar ein Amt aus, ist aber kein Beamter. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr der Inhalt seiner Verpflichtungen[1]). Beruht zwar die Stellung des Verwalters nicht auf Vertrag (denn ihm ist das Amt durch einen einseitigen Akt öffentlichrechtlicher Natur übertragen), so steht doch eine unverkennbare Ähnlichkeit mit einer vertragsmäßigen Rechtsstellung. Denn durch die Übernahme des Amtes — er könnte es ja ausschlagen — zeigt er sich bereit, die ihm daraus erwachsenden Verpflichtungen zu erfüllen, und auf dieser vertragsähnlichen Basis baut sich das Rechtsverhältnis auf. Man kann hier, wie Wolff a. a. O. sagt, von einem Quasikontrakt reden. Es ist deshalb anzunehmen, daß der Verwalter so haftet, als hätte er sich durch Vertrag verpflichtet. Er hat demnach entsprechend § 276 BGB für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen[2]). Ebenso bestimmt sich die Haftung des Verwalters für Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, nach BGB. Nach § 278 BGB hat er für ein Verschulden dieser Personen ebenso einzustehen wie für eignes. Dabei ist zu beachten, daß er sich, wenn in seiner Instruktion nicht eine abweichende

[1]) Vgl. Jaeckel-Güthe A. 2 zu § 154.

[2]) Ebenso Jaeckel-Güthe a. a. O.; Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.; Reinhard K I 1a zu § 154 und II a. a. O.; Wolff a. a. O.

Ermächtigung erteilt ist, zur Besorgung der eigentlichen Verwaltergeschäfte überhaupt keines Gehilfen oder Vertreters bedienen dar. Es liegt dann schon in der Verwendung dieser Personen ein pflichtwidriges und deshalb zu Schadensersatz verpflichtendes eignes Verschulden; er haftet dann auch für zufälligen Schaden, außer wenn der Zufall auch eingetreten wäre, wenn er selbst gehandelt hätte[3]). Damit ist nicht gesagt, daß der Verwalter alle Arbeiten, insbesondre die rein tatsächlichen und technischen Verpflichtungen, selbst vornehmen müßte. Es wurde schon oben gesagt, daß er Gesinde und Arbeiter zur Erzeugung und Gewinnung der Früchte anstellen darf, Hier handelt es sich dann um Gehilfen, die „zu einer Verrichtung bestellt" sind. Auf sie ist § 831 BGB anwendbar, wonach dem Verwalter keine Haftung trifft, wenn er bei ihrer Auswahl die nötige Vorsicht angewandt hat.

Schließlich haftet der Verwalter unter Umständen für ein Verschulden, das einem Mieter oder Pächter beim Gebrauch der belasteten Sache zur Last fällt. Man wird dies aber auf die Fälle einzuschränken haben, wo der Verwalter schuldhafterweise an unzuverlässige und nicht geeignete Personen vermietet oder verpachtet hat und er davon Kenntnis hatte[4]), z. B. wenn er beim Nießbrauch an einem Landgut verpachtet hat an einen Mann, der von der Landwirtschaft nicht das geringste versteht und dadurch das Gut zugrunde wirtschaftet.

Den Maßstab für das pflichtgemäße Handeln des Verwalters im allgemeinen bildet in erster Linie dessen Instruktion und die sonstigen Anweisungen des Gerichts. Soweit er sie befolgt, ist er von jeder Haftung frei, selbst wenn sie gesetzwidrige Anordnungen enthielten (s. o.). Die Haftung für den durch den Verwalter angerichteten Schaden ist der Ausgleich dafür, daß es den Parteien versagt ist, dem Verwalter bindende Erklärungen zu erteilen.

Die Haftpflicht des Verwalters verjährt nach dreißig Jahren, da § 852 BGB hier keine Anwendung finden kann, weil der Verwalter wegen pflichtwidriger Geschäftsführung wie aus einem Schuldverhältnis, dagegen nicht wie aus unerlaubter Handlung haftet[5]).

II. Die Pflicht zur Rechnungslegung. Um den Beteiligten, nämlich Gläubiger und Schuldner, die Geltendmachung von Haftpflichtansprüchen zu erleichtern, hat das Gericht dem Verwalter, zweckmäßigerweise gleich in

[3]) Reinhard H a. a. O.
[4]) Fischer-Schäfer a. a. O.
[5]) Ebenso Fischer-Schäfer a. a. O.; Jaeckel-Güthe A. 3 zu § 154; Reinhard K I 1 d zu § 154.

der Instruktion, die Pflicht aufzuerlegen, in regelmäßigen Zeitabschnitten und außerdem am Schlusse der Verwaltung dem Gläubiger und Schuldner Rechnung zu legen. Die Rechnungslegung geschieht am besten durch Vermittlung des Gerichtes. Es handelt sich hier um die zivilrechtliche Pflicht zur Rechnungslegung gegenüber Gläubiger und Schuldner, nicht um die öffentlichrechtliche gegenüber dem Gericht, die sich aus dessen Aufsichtsgewalt ergibt. Diese Pflicht gegenüber den Parteien entspricht dem allgemeinen, auch vom RG[6]) anerkannten Grundsatz, wonach rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten besorgt. Dieser Grundsatz wird im BGB vorausgesetzt. Allgemein ausgesprochen ist er allerdings nirgends, sondern immer nur im Zusammenhang mit einem speziellen Rechtsverhältnis ist eine Pflicht zur Rechnungslegung ausgesprochen.

Das Gericht wird am besten anordnen, daß der Verwalter die Rechnungslegung zunächst bei ihm einreichen soll, und wird dann in einem besonderen Termin oder, bei weniger umfangreichen Sachen, durch Übersendung zwecks Abgabe einer schriftlichen Erklärung innerhalb bestimmter Frist dem Gläubiger und Schuldner die Rechnung vorlegen. Die vermittelnde Tätigkeit des Gerichtes empfiehlt sich[7]) zur Vermeidung von Streitigkeiten zwischen dem Verwalter einerseits und den Parteien andrerseits. Das Gericht kann den Verwalter dazu anhalten, sich über Unklarheiten zu äußern, Ergänzungen und Richtigstellungen vorzunehmen. Dadurch wird vermieden, daß erst Gläubiger und Schuldner die Rechnung in diesen Punkten beanstanden müssen. Durch die vermittelnde Tätigkeit übt zugleich das Gericht das ihm kraft seiner Aufsichtsgewalt zustehende Recht auf Rechnungslegung aus. Es soll deshab alles Nähere über Inhalt und die zur Ausführung der Rechnung vom Gericht zweckmäßigerweise anzuordnenden Verhaltungsmaßregeln für den Verwalter im Zusammenhang mit der Aufsichtgewalt des Gerichtes im nächsten Paragraphen besprochen werden. Hier ist nur die privatrechtliche Seite zu betrachten, insbesondre welche Rechte und Pflichten sich für Gläubiger, Schuldner und Verwalter an die Recehnungslegung knüpfen.

Die Parteien können, da die Pflicht zur Rechnungslegung eine zivilrechtliche ist, auf ihre Erfüllung verzichten. Die öffentrechtliche Pflicht gegenüber dem Gericht wird dadurch nicht berührt. Verzichten sie nicht

[6]) 73, 288.
[7]) So mit Recht Motive zum ZVG 331.

und kommt der Verwalter seiner Verpflichtung nach, so haben die Parteien, nicht das Gericht, dem Verwalter Entlastung zu erteilen. Der Verwalter kann die Entlastung im Klagewege erzwingen[8]). Aus der Nichterklärung erwachsen den Parteien keine materiellen Nachteile. Schweigt einer der Berechtigten, so ist ihm dies nicht als Anerkennung der Rechnung auszulegen.

Erfüllt der Verwalter seine Pflicht zur Rechnungslegung nicht, so können die Parteien darauf klagen[9]). Für diese Klage ist nach § 31 ZPO auch der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, Gerichtsstand. Wird der Verwalter daraufhin zur Rechnungslegung verurteilt, so richtet sich die Vollstreckbarkeit des Urteils nach § 888 ZPO; die Rechnungslegung kann also mittels Geldstrafe oder Haft erzwungen werden.

Erfüllt der Verwalter seine Rechnungslegung, gibt diese aber den Parteien Anlaß zur Bemängelung, so ist es zunächst Sache des Gerichts, die Beseitigung der Mängel zu veranlassen, soweit es die Bemängelung für gerechtfertigt hält. Andernfalls bleibt den Parteien nichts übrig, als im Klagewege gegen den Verwalter vorzugehen.

Schließlich steht noch den Parteien ein Anspruch auf Leistung des Offenbarungseides gegenüber dem Verwalter zu[10]), wenn Grund zur Annahme besteht, daß das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt angelegt ist (§ 259 II BGB). Auch dieser Anspruch muß klageweise geltend gemacht werden. Der Offenbarungseid ist vor dem Amtsgericht des Ortes, wo die Verwaltung geführt wird, zu leisten, auf Wunsch des Verwalters vor dem Amtsgericht seines inländischen Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes (§ 261 BGB).

III. Die Vergütung. Selbstverständlich kann dem Verwalter nicht zugemutet werden, die mehr oder weniger umfangreichen und zeitraubenden Geschäfte unentgeltlich zu besorgen. Deshalb hat das Gericht in Anlehnung an das ZVG für den Verwalter eine angemessene Vergütung auszuwerfen. Es geschieht dies durch Beschluß, der am besten mit dem Ernennungsbeschluß zu verbinden ist. Die Höhe der Vergütung liegt ganz im Ermessen des Gerichtes.

---

[8]) Ebenso Fischer-Schäfer A. 2b a. E. zu § 154; v. d. Pfordten 5d zu § 154; Reinhard K II 4c zu § 154 und H A. 2e zu § 154.

[9]) Fischer-Schäfer A. 2b zu § 154; v. d. Pfordten 5a zu § 154.

[10]) Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten A. 5b zu § 154; Reinhard K II 2b zu § 154 und H 2a zu § 154; Wolff A. 4 zu § 154.

Es wird dabei die Verhältnisse des konkreten Falles zu berücksichtigen haben. Soweit sich die Tätigkeit des Verwalters darin erschöpft, den Miet- oder Pachtzins einzuziehen und für die nötigen Reparaturen und die erforderliche Aufsicht zu sorgen, wird das Gericht die Vergütung zweckmäßigerweise nach Prozenten des Miet- und Pachtzinses berechnen. Es wird sich auch in den andern Fällen empfehlen, die Erträgnisse des Rechtes zum Maßstabe der Vergütung zu machen und diese in Prozenten jener auszudrücken. Dadurch wird der Verwalter am Resultat der Verwaltung interessiert und hat deshalb Grund, möglichst rationell zu wirtschaften. Andrerseits ist allerdings nicht zu verkennen, daß in solchem Falle die Gefahr des Raubbaues besonders nahe liegt. Das Gericht wird deshalb die Vergütung nicht nur vom Vorhandensein und der Höhe der Erträgnisse abhängig machen, sondern ein Fixum dem Verwalter auf alle Fälle zubilligen.

Gegen die Festsetzung der Vergütung steht den Beteiligten und dem Verwalter[11]) die sofortige Beschwerde zu. Da es sich nicht um eine die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffende Verfügung handelt, findet § 766 ZPO keine Anwendung[12]).

Soweit genügend Erträgnisse vorhanden sind, kann der Verwalter seine Vergütung unmittelbar aus der Kasse entnehmen. Wie aber, wenn die Verwaltung nicht genügend abwirft, um die Vergütung zu decken? Es ist dann davon auszugehen, daß der Gläubiger das Verfahren veranlaßt hat und dieses in seinem Interesse durchgeführt wird. Er ist es deshalb, gegen den sich der Vergütungsfestsetzungsbeschluß richtet, nicht der Schuldner. Dem Verwalter haftet deshalb für die Vergütung nur der Gläubiger, und zwar kann er gegen ihn die Zwangsvollstreckung unmittelbar aus dem Festsetzungsbeschluß nach § 794 Nr. 3 ZPO betreiben. Der Gläubiger seinerseits kann sich für die gezahlte Vergütung an den Schuldner halten, weil ihm dieser nach § 788 ZPO für die Kosten des Verfahrens haftet. Er kann die Vollstreckung betreiben aus dem vollstreckbaren Anspruch selbst, dessentwegen er die Zwangsverwaltung betreibt, nicht dagegen aus dem Festsetzungsbeschluß, da dieser weder auf seinen Antrag noch für ihn erlassen ist; im Prozeß ist allerdings die im Festsezungs-

[11]) Jaeckel-Güthe A. 2 zu § 153; Fischer-Schäfer A. 2c zu § 153; v. d. Pfordten A. 4 zu § 153; Reinhard K II 3 zu § 153 und H A. 4 zu § 153; Wolff A. 8 zu § 153.

[12]) So Fischer-Schäfer a. a. O.; Jaeckel-Güthe a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.; Reinhard a. a. O.; a. A. Wolff a. a. O.

beschluß nominierte Vergütung maßgeblich. § 788 ZPO hat nur Bedeutung für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner; deshalb kann er nicht dafür herangezogen werden, daß dem Verwalter der Schuldner für die Vergütung haften[13]).

[13]) So zutreffend Kretzschmar § 76 II; a. A. Jaeckel - Güthe a. a. O.: nur der Gläubiger haftet dem Verwalter, dieser muß klagen; der Schuldner haftet nur dem Gläubiger, für den der Festsetzungsbeschluß gegen den Schuldner vollstreckbar ist; Fischer-Schäfer a. a. O.: nur der Gläubiger haftet dem Verwalter, dieser muß klagen; der Schuldner haftet nur dem Gläubiger, der gleichfalls auf die Klage angewiesen ist; v. d. Pfordten a. a. O., und Reinhard K a. a. O.: dem Verwalter haftet der Gläubiger, dem gegenüber er auf die Klage angewiesen ist, und nach § 788 ZPO auch der Schuldner, dem gegenüber der Festsetzungsbeschluß Vollstreckungstitel ist; Reinhard H A. 4 zu § 153 erwähnt nur die Haftung des Gläubigers gegenüber dem Verwalter; Wolff a. a. O.: dem Verwalter haftet der Gläubiger und nach § 788 ZPO der Schuldner; diesem gegenüber ist der Festsetzungsbeschluß Vollstreckungstitel, jenem gegenüber ist der Verwalter auf die Klage angewiesen; der Schuldner haftet dem Gläubiger, doch ist gegen ihn Vollstreckungstitel nicht der Festsetzungsbeschluß.

§ 11.

6. Das Verhältnis des Vollstreckungsgerichtes zum Zwangsverwalter.

I. Die Aufsichtsgewalt. Die Tätigkeit des Gerichts erschöpft sich nicht mit der Anordnung der Zwangsverwaltung, der Ernennung, Besitzeinweisung und Instruierung des Verwalters, sondern dieser untersteht für die ganze Dauer der Verwaltung der richterlichen Aufsichtsgewalt. Diese ist in keiner Hinsicht beschränkt. Nur um eine Überlastung des Gerichts zu vermeiden, wird dieses nicht die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Pflichtmäßigkeit der Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters prüfen und eventuelle Pflichtwidrigkeiten rügen. Damit ist nicht gesagt, daß die Aufsichtsgewalt sich nicht in Zweckmäßigkeitsfragen geltend machen dürfe[1]). Auf Antrag der Parteien sowohl wie aus eigener Initiative kann es dem Verwalter auch ein bestimmtes praktisches Verhalten zur Pflicht machen. Im allgemeinen wird es allerdings genügen, an Hand der vom Verwalter geführten Bücher und gesammelten Akten und gelegentlich der vom Verwalter abgelegten Rechnungslegung seine Geschäftsführung zu kontrollieren. Es ist deshalb von Wichtigkeit, schon vor Beginn der Verwaltung, in der Instruktion, dem Verwalter Verhaltungsmaßregeln zu erteilen, die dem Gericht die Führung der Kontrolle ermöglichen oder erleichtern sollen. Hierher gehört die Vorschrift an den Verwalter, alle im Rahmen der konkreten Verwaltung gemachten Einnahmen in eine von allen übrigen Geldbeständen getrennt zu haltende Kasse fließen zu lassen. Ferner gehören hierher Anweisungen über die Art der Buchführung, die der Verwalter bei Führung der Verwaltung beobachten soll. Dabei kann sich das Gericht entweder die Vorschriften der Preußischen Allgemeinen Verfügung in §§ 20—23 zum Muster nehmen oder sich darauf beschränken, dem Verwalter ganz allgemein die Führung von Büchern, wie sie im kaufmännischen Leben üblich sind, aufzutragen. Es wird ferner dem Verwalter zur Pflicht machen, alle schriftlichen Belege über Einnahmen oder Ausgaben zu sammeln und zu numerieren, alle sonstigen auf die Verwaltung bezüglichen Akten zu sammeln und zu diesen alle Maßregeln zu bemerken, für die es ihm an besonderen Belegen fehlt. Es wird ihm ferner vorschreiben, in bestimmten Zeitab-

[1]) AA bez. des Konkursverwalters **Motive** zu § 75 KO a. F.

ständen, etwa monatlich, vierteljährlich oder jährlich genau Rechnung zu legen, eventuell unabhängig von der Rechnung und öfter, die durch Vermittelung des Gerichts den Parteien vorzulegen ist. Soweit das Gericht es nicht vorzieht, in Anpassung an den konkreten Zwangsverwaltungsfall, dem Verwalter von vornherein in der Instruktion detaillierte Vorschriften zu erteilen, bestimmt sich der Inhalt der Rechnung nach § 259 BGB. Es ist demnach eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder Ausgaben nebst den Belegen vorzulegen. Davon abgesehen kann das Gericht jederzeit die Einsicht der Akten und Bücher und die Kontrolle des Kassenbestandes unter Vergleichung mit dem Kassabuch und besondre Auskunft verlangen und sich dabei, wo ein solcher existiert, des Zwangsverwaltungsinspektors für die Zwangsverwalter von Grundstücken bedienen. Das Gericht hat ferner, wenn die Parteien entsprechende Anträge stellen, die Verwaltungsakte im besonderen zu prüfen und dem Verwalter bindend ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben. Soweit sich damit die Parteien nicht zufrieden geben wollen, können sie dagegen Einwendungen und Erinnerungen nach § 766 ZPO erheben; gegen die daraufhin ergehende Entscheidung steht ihnen dann die sofortige Beschwerde zu. Der Rechtstellung des Verwalters zum Gericht würde es widersprechen, wollte man ihm ein Beschwerderecht gegen alle Entscheidungen des Gerichts, zu denen er sich in Widerspruch befindet, zugestehen. Das Gericht ist für ihn die maßgebliche Instanz, deren Anordnungen er unbedingt zu befolgen hat. Seinen Befehlen kann er sich — auch wenn er deren Unzweckmäßigkeit und Ungesetzlichkeit befürchtet — umso unbesorgter unterwerfen, als ihn ihre folgung jeder Verantwortung enthebt. Erinnerung nach § 766 ZPO erheben kann auch der Verwalter; aber ein Beschwerderecht schlechthin steht ihm nicht zu[2]), sondern nur für solche Fälle, die seine Person betreffen[3]), so gegen die Festsetzung seiner Vergütung, die Anordnung einer Sicherheit, die Verhängung einer Ordnungsstrafe, seine Entlassung.

---

[2]) Jaeckel-Güthe A. 3 zu § 153 und Fischer-Schäfer A. 2b zu § 153: dem Verwalter steht gegen die gerichtlichen Anordnungen nur die Erinnerung aus § 766 ZPO zu, die Beschwerde im allgemeinen nicht; v. d. Pfordten A. 3 zu § 153; a. A. Wolff A. 9 zu § 153: dem Verwalter steht ein Beschwerderecht zu gegen alle gerichtlichen Anordnungen außer der Anordnung und Beendigung des Verfahrens, denn er ist der gesetzliche Vertreter des Schuldners. — Hiergegen ist einzuwenden: der Verwalter ist zwar gesetzlicher Vertreter, aber als solcher nicht selbständig, sondern der Aufsichtsgewalt des Gerichts unterworfen und von diesem abhängig.

[3]) So Kretzschmar § 76 III.

II. Die Zwangs- und Sicherungsmittel. Was die dem Gericht zustehenden Zwangs- und Sicherungsmittel anlangt, so wird man es zweckmäßigerweise nicht darauf beschränken dürfen, den Verwalter zu entlassen. Daß es ihn auch entlassen kann, ist natürlich klar, und zwar nicht nur, wenn er pflichtwidrig handelt, sondern auch dann, wenn er sich der Aufgabe nicht gewachsen zeigt, oder aus andern Gründen, z. B. wenn er sich für oder gegen eine der Parteien besonders voreingenommen erweist.

1. **Sicherheitsleistung.** Sie kann vom Gericht, wo es zweckmäßig erscheint, als Sicherungsmittel dem Verwalter auferlegt werden entsprechend § 153 II ZVG. Es wird dies das Gericht am besten mit der Ernennung des Verwalters verbinden. In der Regel wird es dazu eines besonderen Anlasses, der in der Person des Verwalters oder in anderen Umständen liegen kann, bedürfen. Soweit die Anordnung nicht mit der Ernennung des Verwalters verbunden wird, ergeht sie ebenso wie die Ablehnung von Anträgen, die auf Anordnung einer Sicherheitsleistung abzielen, durch besonderen Beschluß. Soweit Anträge abgelehnt werden, steht den Antragstellern die sofortige Beschwerde zu, ohne daß sie vorher Erinnerung zu erheben brauchten[4]), weil es sich hier nicht um eine die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffende Anordnung handelt. Auch dem Verwalter wird man das Recht zugestehen müssen, sich gegen Anordnung der Sicherheit durch Beschwerde zu wehren[5]). Soweit nicht die durch die Leistung der Sicherheit begründeten Rechte der Parteien berührt werden, kann das Gericht die getroffenen Anordnungen auch abändern, insbesondere die Sicherheit erhöhen. Durch die Leistung der Sicherheit erlangen die Parteien ein unentziehbares Pfandrecht an dem hinterlegten Betrage bez. an der Forderung gegenüber der Hinterlegungsstelle, denn ihnen gegenüber haftet der Verwalter für schuldhaftes Versäumen seiner Pflicht. Nicht erst durch die Pflichtverletzung wird das Pfandrecht der Parteien unentziehbar und deshalb der Beeinträchtigung durch abändernden Beschluß des Gerichts entzogen. Denn das Pfndrecht entsteht mit der Leistung der Sicherheit.

---

[4]) Jaeckel-Güthe A. 4 zu § 153; Fischer-Schäfer A. 3a zu § 153; v. d. Pfordten A. 5 zu § 153; Reinhard K III 1a zu § 153; Wolff A. 7 zu § 153 hält vorhergehende Erinnerung für erforderlich.

[5]) Jaeckel-Güthe a. a. O.; Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.; Wolff a. a. O.; Reinhard K a. a. O. und H A. 5 zu § 153 gibt dem Verwalter die Beschwerde nur, wenn die Sicherheitsleistung nachträglich auferlegt wird.

Deshalb darf das Gericht nach erfolgter Leistung der Sicherheit diese ohne Zustimmung der Parteien weder herabsetzen noch zurücknehmen[6]). Hält das Gericht die Herabsetzung für angebracht, so kann es die Parteien auffordern, sich darüber zu erklären, ob sie auf der Beibehaltung der Sicherheit in der alten Höhe beharren. Stimmen sie der Herabsetzung oder Rückgabe zu, oder erklären sie sich nicht, so kann sie das Gericht anordnen[7]). Andernfalls ist der Verwalter gezwungen, gegen die Parteien auf Rückgabe oder Minderung zu klagen[8]), falls wenigstens das Gericht der Rückgabe oder Minderung zustimmt. Erklären sich dagegen die Beteiligten für einverstanden, so hat das Gericht die Rückgabe oder Herabsetzung auf alle Fälle anzuordnen[9]), denn nicht das Gericht, sondern die Beteiligten haben ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Sicherheit.

2. **Die Ordnungsstrafe.** Während die Sicherheitsleistung nur Sicherheitsmittel ist zur Verwirklichung der Haftpflichtansprüche der Parteien, steht dem Gericht als Zwangsmittel zur Erfüllung der dem Verwalter auferlegten Pflichten die Ordnungsstrafe zur Verfügung. Die Kompetenz des Gerichtes, den Verwalter in Ordnungsstrafe zu nehmen, gründet sich auf die analoge Anwendung von § 153 III ZVG. Die Höhe der Strafe ist mit 200 Mark als Maximum begrenzt; die Geldstrafe kann in Haft nicht umgewandelt werden. Da dem Gericht zwar eine Aufsichtsgewalt, nicht aber eine Disziplinargewalt über den Verwalter zusteht (denn dieser ist kein Beamter), so kann eine Ordnungsstrafe nur angeordnet werden, um die Befolgung von gerichtlichen Anordnungen zu erzwingen, und deshalb muß die Strafe — am besten in der Instruktion — auch vorher angedroht worden sein[10]). Gegen die Verfügung einer Ordnungsstrafe kann man dem Verwalter das Recht der sofortigen Beschwerde nicht versagen[11]), denn durch Niederlegung seines Amtes kann er sich ihr nicht entziehen.

[6]) Ebenso Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.; Wolff a. a. O.; a. A. Jeackel-Güthe a. a. O.; Reinhard K III 1c zu § 153.

[7]) Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.; a. A. Jaeckel-Güthe a. a. O.

[8]) Jaeckel-Güthe a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.; Wollf a. a. O.

[9]) Ebenso Wolff a. a. O.

[10]) Zutreffend Wolff A. 5 zu § 153; a. A. die herrschende Lehre, vgl. Jaeckel-Güthe A. 5 zu § 153; Fischer-Schäfer A. 3 b d zu § 153; v. d. Pfordten A. 6 zu § 153; Reinhardt K III 2 a zu § 153 und H A. 6 a zu § 153; Kretzschmar § 76 III.

[11]) Ebenso Jaeckel-Güthe a. a. O.; Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.; Reinhard K und H a. a. O.; Wolff a. a. O.; Kretzschmar a. a. O.

§ 12.

7. Die Beendigung der Zwangsverwaltung.

I. Der Unterschied zwischen der Endigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens und der Endigung der Zwangsverwaltung. Es ist scharf zu unterscheiden zwischen dem Zwangsvollstreckungsverfahren als Ganzem und der Zwangsverwaltung als dessen Teil. Die Zwangsverwaltung von Rechten ist im Gegensatz zur Zwangsverwaltung nach ZVG nur eine Verwertungsform und insofern durchaus unselbständiger Natur, als sie eine Pfändung voraussetzt (vgl. oben § 3). Eine gewisse Selbständigkeit kommt ihr aber zu gegenüber dem Zwangsvollstreckungsverfahren als Ganzem doch zu. Anfang und auch Ende beider können auseinander fallen. Die Zwangsverwaltung kann angeordnet werden nachträglich, nachdem das Nutzungsrecht bereits gepfändet war und damit das Zwangsvollstreckungsverfahren begonnen hatte. Andrerseits kann die Zwangsverwaltung enden, ohne daß das Zwangsvollstreckungsververfahren überhaupt endet, z. B. wenn die Zwangsverwaltung aufgehoben wird, weil sie einer andern Verwertungsart weichen soll. Stets natürlich endet die Zwangsverwaltung, wenn das ganze Vollstreckungsverfahren endet. Es ist deshalb wohl berechtigt, die selbständige Frage aufzustellen: wann und warum endet die Zwangsverwaltung? Ob mit der Endigung der Zwangsverwaltung auch die Endigung des Vollstreckungsverfahrens überhaupt (und damit der Pfändungswirkungen) verbunden ist, ist eine andere Frage.

II. Das Wesen der Endigung der Zwangsverwaltung und die Arten der Endigung. Das Zwangsverwaltungsverfahren ist dadurch charakterisiert, daß es sich als Verwertungszustand darstellt, und daß dieser Zustand durch eine Kette von Handlungen eines am Verfahren nicht als Partei beteiligten Dritten, des Zwangsverwalters, ausgefüllt wird. Die logische Folge davon ist, daß dieser

Zustand andauert und der Verwalter die Zwangsverwaltung auszuführen hat, solange diese Verwertungsart angeordnet bleibt, und solange nicht durch Beschluß des Vollstreckungsgerichtes die Beendigung ausgesprochen ist. Erst dieser Beschluß des Vollstreckungsgerichts bildet für den Verwalter den Befehl, seine Tätigkeit im Dienste der Vollstreckung einzustellen. Und zwar bedarf es dieses Befehls und infolgedessen eines dahingehenden Beschlusses des Vollstreckungsgerichtes in jedem Falle, mag nun die Zwangsverwaltung enden, weil das ganze Vollstreckungsverfahren endet, oder mag sie enden ohne dieses[1]).

In dem richterlichen Beschluß kann eine definitive Beendigung ausgesprochen werden oder nur eine vorläufige. Im einen Falle führt er zur Aufhebung im andern Falle zur einstweiligen Einstellung der Zwangsverwaltung. Es sind deshalb diese beiden Arten der Beendigung im Folgenden auseinanderzuhalten.

III. Die Endigungsgründe der Zwangsverwaltung. Wir sahen oben, daß die Zwangsverwaltung endet, wenn das ganze Vollstreckungsverfahren endet. Die Aufhebungs- und Einstellungsgründe, die die definitive oder vorläufige Beendigung der Zwangsverwaltung nur indirekt herbeiführen (§ 775 in Verbindung mit § 776 ZPO), interessieren uns hier aber nicht. Für uns haben vielmehr nur diejenigen Endigungsgründe Interesse, die die Zwangsverwaltung beendigen, und mit ihr das ganze Vollstreckungsverfahren, oder ohne daß damit das Vollstreckungsverfahren endet.

Aufhebungsgründe dieser Art sind:

1. **Die Befriedigung des Gläubigers innerhalb der Zwangsverwaltung.** Hat der Verwalter den letzten Rest

[1]) Damit ist zugleich ein Problem entschieden, das analog in der Literatur des ZVG eine Rolle spielt: ob die Zwangsverwaltung durch besonderen Beschluß des Vollstreckungsgerichtes aufzuheben oder einzustellen ist, wenn vom Prozeßgericht die Aufhebung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung ausgesprochen ist. Vgl. hierzu einerseits Jaeckel-Güthe A. 9 zu § 161; Fischer-Schäfer A. 1 zu § 161; v. d. Pfordten A. II 1 und III 2 zu § 161; Reinhard K A. I 2b und III 1 zu § 161 und H A. 1 und 2 zu § 161; Kretzschmar § 80 I und andererseits Wolff A. 3 zu § 161.

Vom oben entwickelten Standpunkt aus bedarf es eines Beschlusses des Vollstreckungsgerichtes. Nicht als ob damit die Zwangsverwaltung noch einmal aufgehoben oder eingestellt würde (vgl. Wolff a. a. O.). Vielmehr bedeutet dieser Aufhebungsbeschluß des Vollstreckungsgerichtes die Ausführung der prozeßrichterlichen Entscheidung; sie steht auf gleicher Stufe wie die Handlung des Gerichtsvollziehers, der auf die Entscheidung des Prozeßgerichtes hin die Siegelmarken von den gepfändeten Möbeln des Schuldners entfernt.

der gläuberischen Forderung getilgt, so hat er davon dem Vollstreckungsgerichte unverzüglich Nachricht zu geben. Dieses hat dann von Amts wegen die Aufhebung der Zwangsverwaltung und damit die Beendigung des Vollstreckungsverfahrens überhaupt auszusprechen.

Anders, wenn die Befriedigung des Gläubigers außerhalb der Zwangsverwaltung erfolgt. Die Zwangsverwaltung ist dann nicht aufzuheben[2]), sondern die Befriedigung bildet nur einen Grund zur vorläufigen Einstellung des ganzen Vollstreckungsverfahrens (und damit auch der Zwangsverwaltung) und eine Einwendung gegen den materiellen Anspruch selbst, die nach § 767 ZPO durch Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen ist[3]).

2. **Die Rücknahme des Antrags auf Zwangsverwaltung bez. der Antrag auf Aufhebung der Zwangsverwaltung.** Der Gläubiger wird sich dazu veranlaßt sehen, wegen Erfolglosigkeit der Verwaltung oder wegen zu hoher Vorschüsse, oder weil sich plötzlich ein Interessent für die entgeltliche Ausübung des Nutzungsrechtes findet, den man vorher vergeblich gesucht hatte. Das Gericht hat auf den Antrag des Gläubigers hin die Aufhebung der Zwangsverwaltung auszusprechen. Ob mit deren Aufhebung das ganze Vollstreckungsverfahren endet, hängt davon ab, ob an Stelle der Zwangsverwaltung ein neues Verwertungsmittel tritt oder nicht.

3. **Nichterfüllung der dem Gläubiger auferlegten Vorschußpflicht.** Sie gilt als Aufhebungsgrund analog § 161 III ZVG und § 934 II ZPO. Wenn die Verwaltung besondere Aufwendungen erfordert, um ihre Fortführung zu ermöglichen, so ist es Sache des Pfändungsgläubigers,einen Vorschuß zur Deckung der Aufwendungen zu leisten (vgl. o. § 7 II). Leistet der Gläubiger den Vorschuß innerhalb der ihm billigerweise vom Gericht gestellten Frist nicht, so legt er damit der Durchführung der Verwaltung ein Hindernis in den Weg, das die Aufhebung dieser Verwertungsaktion, die ja nur in seinem Interesse angeordnet wurde, rechtfertigt. Das Gericht kann (es braucht es aber nicht) die Verwaltung aufheben, wird die Aufhebung aber immer für angebracht halten, wenn ohne Bereitstellung des Geld-

[2]) So Fischer-Schäfer A. 2a zu § 161; Kretzschmar § 80 II 3; a. A. Wolff A. 1c zu § 161; Reinhard K II 1 zu § 161; v. d. Pfordten A. I 1 zu § 161: nach ihnen hat das Gericht auf den Nachweis der außergerichtlichen Befriedigung hin das Verfahren aufzuheben.

[3]) So Kretzschmar a. a. O.; Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten a. a. O.: die Klage aus § 767 ZPO erst, wenn der Antrag auf Aufhebung vom Gericht abgelehnt ist und auch die Beschwerde nichts gefruchtet hat.

betrages die Abwicklung der Verwaltung in ordnungsmäßiger Weise nicht möglich ist. Spricht es die Aufhebung der Zwangsverwaltung aus, so endet damit das Vollstreckungsverfahren an sich noch nicht; es bleibt dem Gläubiger unbenommen, eine andere Verwertungsart zu beantragen.

Selbständige Gründe für die einstweilige Einstellung der Zwangsverwaltung, die die einstweilige Einstellung des ganzen Vollstreckungsverfahrens zur Folge hätten, dürfte es kaum geben. Meist wird der Fall umgekehrt liegen: es liegen Gründe vor für die Einstellung des ganzen Vollstreckungsverfahrens (vgl. § 775 ZPO) und diese hat dann die einstweilige Einstellung der Verwaltung zur Folge.

IV. Die Folgen der Endigung der Zwangsverwaltung. Hier sollen nicht erörtert werden die Wirkungen, die die Endigung der Zwangsverwaltung auf das ganze Verfahren ausübt (indem sie dieses zugleich beendet oder es bestehen läßt), sondern vor allem die Wirkungen auf die Rechtsstellung und die Tätigkeit des Zwangsverwalters.

1. **Die Folgen der Aufhebung der Zwangsverwaltung.** Der Aufhebungsbeschluß ist dem Schuldner, dem Pfändungsgläubiger und einem eventuellen Drittschuldner von Amts wegen zuzustellen und dem Verwalter mitzuteilen. War das der Verwaltung unterliegende Recht ein (dingliches) Nutzungsrecht an einem Grundstück, so hat das Vollstreckungsgericht das Grundbuchamt um Löschung des Pfändungs- bez. Zwangsverwaltungsvermerkes zu ersuchen. — Gegen die Aufhebung steht dem Gläubiger und Schuldner[4]), nicht dagegen dem Verwalter[5]) die sofortige Beschwerde zu.

Mit der Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses endet zwar die Verwaltung, nicht aber endet damit die Pflicht des Verwalters. Er hat den Schuldner wieder in den Besitz der belasteten Sache einzuweisen, ohne daß es dabei der Mitwirkung des Gerichtes bedürfe. Das Gericht wird mit der Anordnung der Rückgabe der Sache zugleich zweckmäßigerweise die Anordnung verbinden, bei der Rückgabe ein Protokoll aufzunehmen, durch das der Zustand der belasteten Sache im Moment der Rückgabe genau festgestellt wird. Ist der Schuldner in Annahmeverzug, und ist die belastete Sache ein Grundstück, so kann der Verwalter entsprechend § 303 BGB nach vor-

[4]) Jaeckel-Güthe A. 9 zm § 161; Fischer-Schäfer A. 3 zu § 161; v. d. Pfordten A. II 1 zu § 161; Wolff A. 4 zu § 161.

[5]) v. d. Pfordten a. a. O.; Wolff a. a. O.

heriger Androhung an den Schuldner den Besitz einseitig aufgeben. Mit der Rückgabe verbindet sich die Übergabe der noch vorhandenen Nutzungen in natura oder ihres Erlöses. Die Verwaltungstätigkeit fortzusetzen, insbesondre noch aus dem Erlöse vorweg zu bestreitende Ausgaben zu berichtigen, darf der Verwalter entsprechend § 672 BGB nur dann, wenn mit dem Aufschub der Geschäfte Gefahr verknüpft ist und der Schuldner nicht in der Lage ist, diese rechtzeitig selbst oder durch Vertreter vornehmen zu lassen. Seine noch fällige Vergütung kann er vom Erlöse bei dessen Rückgabe abziehen, eventuell noch die erforderliche Menge von Nutzungen versilbern und den Erlös zu seiner Befriedigung verwenden. Im übrigen darf er die Verwaltungsgeschäfte nicht weiter führen, insbesondre keine Nutzungen mehr ziehen, nichts mehr versilbern und am allerwenigsten Zahlungen an den Gläubiger machen[6]). Kommen Gläubiger aus Geschäften, die der Verwalter abgeschlossen hat, durch Aushändigung der Masse an den Schuldner zu Schaden, so ist dafür der Verwalter ebenso wenig verantwortlich, wie der Vormund, der seinem volljährig gewordenen Mündel dessen Vermögen aushändigt[7]). — Wie die Führung der Verwaltergeschäfte überhaupt, so wird auch die Prozeßführung dem Verwalter entzogen durch die Aufhebung des Verfahrens. Der Prozeß geht ohne weiteres auf den Schuldner über[8]).

Nach Abwicklung sämtlicher etwa noch nachträglich nötig gewordener Geschäfte seitens des Verwalters hat dieser dem Gericht und den Parteien Schlußrechnung zu legen und die Bestallung bez. die Ausfertigung des Anordnungsbeschlusses zurückzugeben. Daß er dem Schuldner gegenüber zur Schlußrechnungslegung verpflichtet ist, ergibt sich aus seiner Rechtsstellung als Vertreter desselben[9]). Der Gläubiger hat dann keinen Anspruch auf Schlußrechnungslegung mehr, wenn das Verfahren wegen seiner Befriedigung aufgehoben worden ist[10]), denn es fehlt ihm dann ein Interesse daran. Die Ver-

[6]) So Wolff A. 7 zu § 161; Fischer-Schäfer a. a. O.; Jaeckel-Güthe A. 11 zu § 161: der Verwalter hat die Verwaltungsausgaben, -kosten und die laufenden öffentlichen Lasten zu decken, die dazu erforderlichen Bestände der Nutzungen zurückzubehalten und eventuell zu versilbern; Reinhardt K III 4 zu § 161 und H A. 4 b zu § 161 hält Weitererhebung von Nutzungen und Versilberung zur Deckung von Verwaltungsausgaben und -kosten für zulässig und geboten; Kretzschmar § 80 III läßt Versilberung zu zur Deckung von Verwaltungsausgaben.

[7]) AA Reinhard K a. a. O.; vgl. auch Jaeckel-Güthe a. a. O.

[8]) S. o. § 9 III 2.

[9]) So Wolff A. 2 zu § 154.

[10]) So Wolff a. a. O.; Kretzschmar § 76 V.

mittelung der Schlußrechnung hat das Gericht zu übernehmen. Es kann diese, ebenso wie alle andern Handlungen des Verwalters, die dieser nach Aufhebung des Verfahrens noch vorzunehmen hat, im Notfalle durch Ordnungsstrafen erzwingen[11]). Denn der Verwalter untersteht nach wie vor der Aufsichtsgewalt des Gerichtes. Daraus folgt zugleich, daß das Gericht auch dann von ihm die Schlußrechnung verlangen kann, wenn Gläubiger und Schuldner darauf verzichtet haben[12]).

Erst wenn der Verwalter alle diese Aufgaben pflichtgemäß erfüllt hat, hat die Entlassung aus seinem Amte zu erfolgen durch einen ihm vom Gericht zuzustellenden Beschluß. Erst mit der Zustellung des Entlassungsbeschlusses endet das Amt des Zwangsverwalters, nicht schon mit der Aufhebung der Verwaltung, mit der nur die reine Verwaltungstätigkeit ihr Ende findet.

2. **Die Folgen der einstweiligen Einstellung der Zwangsverwaltung.** Die Wirkungen der Pfändung, die Eintragung des Vollstreckungsvermerkes ins Grundbuch, die Übergabe der belasteten Sache an den Verwalter, die an eventuelle Drittschuldner erlassenen Zahlungsverbote bleiben bestehen. Auch die reine Verwaltungstätigkeit ist in beschränktem Maße fortzusetzen[13]). Es sind alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, die fruchttragende Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen. Die erhobenen Nutzungen sind in Geld umzusetzen und Verwaltungsausgaben und -kosten zu decken. Nur zur Befriedigung des Gläubigers darf nichts verwandt werden, außer zur Deckung seiner Vorschüsse.

Die Fortsetzung der Verwaltung ist durch besonderen Beschluß anzuordnen, außer wenn die Einstellung von vornherein nur auf Zeit angeordnet worden war[14]). Eines Antrages des Gläubigers bedarf es zur Fortsetzung der Verwaltung nur, wenn er aus praktischen Gründen unentbehrlich ist, weil sich sonst ein Zeitpunkt, in dem zur Fortsetzung zu schreiten wäre, nicht ersehen läßt, insbesondere wenn die Einstellung erfolgt auf Grund der Bewilligung des Gläubigers[15]).

---

[11]) So Kretzschmar a. a. O.; Jaeckel-Güthe A. 9 zu § 154; a. A. v. d. Pfordten A. 5c zu § 154; Wolff A. 5 zu § 153; Fischer-Schäfer A. 3 b d zu § 153.

[12]) Ebenso Reinhard K A. III 4c zu § 161.

[13]) Reinhard K A. I 2a zu § 161; Kretzschmar § 80 IV; Jaeckel-Güthe A. 15 zu § 161; Fischer-Schäfer A. 4 zu § 161; v. d. Pfordten A. III 2 zu § 161; Wolff A. 2 zu § 161.

[14]) Jaeckel-Güthe a. a. O.; Fischer-Schäfer a. a. O.; v. d. Pfordten A. III 3 zu § 161.

[15]) So v. d. Pfordten a. a. O.; Jaeckel-Güthe a. a. O.

§ 13.

Rückblick.

Nachdem wir die gesetzlichen Grundlagen der Zulässigkeit der Zwangsverwaltung, ihr Vorstadium, die Pfändung, und ihre Durchführung untersucht haben, erübrigt es sich noch, zu erwägen, welche praktische Bedeutung der Zwangsverwaltung von Rechten nach § 857 ZPO beschieden ist.

Bei einer kritischen Betrachtung der Ausgestaltung, die dieses Institut im geltenden Recht gefunden hat, läßt es sich nicht verkennen, daß die Auspizien für ihre praktische Verwendbarkeit keineswegs günstig sind. Die Hauptschuld daran trägt wohl der Gesetzgeber selbst. Durch die kurze Fassung, mit der die ZPO diese durchaus nicht einfache Vollstreckungsart abtut, hat ihr die ZPO selbst das Todesurteil gesprochen. Man kann es nicht den Gerichten zumuten, nach eingehenden Studien der abstrakten Form, wie sie das Gesetz darbietet, einen konkreten Inhalt zu geben, da die Anwendung analoger Bestimmungen aus dem Immobiliarvollstreckungsrecht nur mit großer Vorsicht geschehen kann. Dazu kommt, daß das Befriedigungsverfahren langsam und umständlich ist. Die Brauchbarkeit einer Vollstreckungsart hängt aber wesentlich davon ab, daß sie sich rasch vollzieht. Nachteilig ist ferner, daß es sich nur selten wird ermöglichen lassen, das Verfahren ohne vielleicht erhebliche Vorschüsse seitens des Gläubigers zu eröffnen oder durchzuführen. Diese Notwendigkeit, neues Kapital aufwenden zu müssen, wo es gilt, alte Schulden beizutreiben, wird den Gläubiger in den meisten Fällen von der Beantragung einer Zwangsverwaltung abhalten, und zwar selbst dann, wenn sie letzten Endes die aussichtsreichere Vollstreckungsart ist. Denn nur ungern wird der Gläubiger ein neues Risiko eingehen wollen.

Der wesentliche Nachteil des Institutes beruht aber auf seiner Eigenschaft als Zwangsverwaltung und liegt in der Person des Verwalters. Soweit die

Ausübung des Rechtes keinen besonderen Sachverstand und keine besonders umfangreiche Tätigkeit erfordert, wird man allerdings noch Verwalter finden, die es zu einem positiven Ergebnis bringen. Je komplizierter aber die Tätigkeit ist, und je mehr sie bestimmte berufliche Erfahrungen und Kenntnisse erfordert und gerade solche, die in dem konkreten Betrieb erworben sind, desto geringer ist die Aussicht, einen Verwalter ausfindig machen zu können, von dem erfreuliche Resultate zu erwarten wären. Den Schuldner aber, als den am besten mit seinem Betrieb vertrauten Mann, zum Verwalter zu wählen, wird dem Gericht nicht angebracht erscheinen, weil dies dann eine besonders wachsame Aufsichtstätigkeit von ihm erfordern würde, die mit seinen so schon reichlich bemessenen beruflichen Pflichten schwer vereinbar wäre.

Andrerseits läßt sich nicht leugnen, daß in zahlreichen Fällen ein Bedürfnis vorliegt, dem Schuldner das Nutzungsrecht zu erhalten und nicht dauernd zu entziehen. Als einzige Verwertungsform, die darauf Rücksicht nimmt, bietet sich nach geltendem Recht eben die Zwangsverwaltung des Nutzungsrechtes dar. Da nun diese aber in ihrer positivrechtlichen Ausgestaltung praktisch wenig brauchbar ist, läßt sich die Forderung nach einer durchgreifenden R e f o r m nicht von der Hand weisen. Daß dadurch nicht alle Mängel beseitigt werden können, ist klar und nicht zu ändern und soll von einer Reform nicht abschrecken.

Der Schluß unserer Ausführungen soll der Untersuchung gewidmet sein, in welchen Bahnen sich eine Reform des bestehenden Zustandes zu bewegen hat.

§ 14.

Ausblick.

Die Zwangsverwaltung als Verwertungsart zu wählen empfiehlt sich nach geltendem Recht vor allem deshalb, weil sie das Nutzungsrecht dem Schuldner nicht dauernd entzieht. Dazu liegt aber nur in solchen Fällen ein Bedürfnis vor, wo die Ausübung des Nutzungsrechtes den Gewerbebetrieb des Schuldners bildet, dem er seine Tätigkeit widmet und seinen Lebensunterhalt verdankt. Im übrigen dienen der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte andre Verwertungsformen, wie die Versteigerung oder freihändige Veräußerung des Rechtes selbst, falls es übertragbar, oder die Einräumung eines Anspruchs auf Duldung der Ausübung an einen Dritten, falls es unübertragbar ist. Das Bedürfnis, einen brauchbaren Ersatz für die Zwangsverwaltung des geltenden Rechtes zu schaffen, liegt deshalb auch nur vor in solchen Fällen, wo das Nutzungsrecht eine gewerbliche Tätigkeit vom Inhaber fordert und seine Ausübung sich darstellt als wirtschaftliches Unternehmen. Und gerade deshab, weil es sich in diesen Fällen um ein wirtschaftliche Unternehmen handelt, wird eine brauchbare Lösung des Problemes nur in der Richtung möglich sein und eine Reform nur dann Erfolg versprechen, wenn sie nicht das subjektive Recht selbst zum Mittelpunkt erhebt, um die sich alle Bestimmungen gruppieren, sondern das wirtschaftliche Unternehmen, als das sich seine Ausübung, wirtschaftlich betrachtet, darstellt. Schon deshalb ist nur auf diesem Wege etwas zu erhoffen, weil die Nutzungsrechte gewerblicher Art immerhin zu selten und ungewohnte Vollstreckungsobjekte sind, als daß eine gesetzliche Regelung ihrer Vollstreckung in detaillierter Weise für diesen Spezialfall je zu erwarten wäre. Für die Einführung einer Zwangsvollstreckung in wirtschaftliche Unternehmen dagegen spricht nicht nur das Bedürfnis nach einer brauchbaren Exekution in Nutzungsrechte, sondern ganz allgemein die starke wirtschaftliche Bedeutung, die heutzutage dem wirtschaftlichen Unter-

nehmen im Verkehrsleben zukommt, und das Bedürfnis, den im wirtschaftlichen Unternehmen steckenden Wert der Vollstreckung nutzbar zu machen, der viel höher ist als der Wert seiner realen Einzelbestandteile, wenn sie getrennt unter den Hammer kommen.

Daraus, daß die Einführung einer Zwangsvollstreckung in wirtschaftliche Unternehmungen nicht nur als Reform der bestehenden Zwangsverwaltung von Nutzungsrechten gedacht ist, folgt ,daß sie sich auch auf breiterer Basis aufzubauen hat, und nicht beschränkt im Hinblick auf das ganz engbegrenzte Gebiet der Nutzungsrechte an fremder Sache. Ihr wird vor allem vorauszugehen haben die volle Anerkennung des wirtschaftlichen Unternehmens im bürgerlichen Recht als Gegenstand dinglicher Rechtsvorgänge und Rechte, insbesondre auch die Zulassung der Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts am wirtschaftlichen Unternehmen als solchem[1]). Denn so sehr die Anerkennung des wirtschaftlichen Unternehmens als solchen als Gegenstand sachenrechtlicher Beziehungen nach geltendem deutschen bürgerlichen Recht[2]) zu verneinen ist, so wünschenswert ist für die Zukunft.

Auch wird sich aus obigem Grunde die Einführung mehrerer verschiedener Verwertungsformen der Zwangsvollstreckung in das wirtschaftliche Unternehmen als solches notwendig machen. Als solche bieten sich dar die Zwangsversteigerung, der Zwangsverkauf, die Zwangsverpachtung und die Zwangsverwaltung. Davon werden nur die Zwangsverpachtung und die Zwangsverwaltung dem Bedürfnis gerecht, das wirtschaftliche Unternehmen dem Inhaber zu belassen und nicht dauernd zu entziehen. Im Rahmen unserer Untersuchung liegt es deshalb nur, zu prüfen, inwieweit diese beiden Exekutionsarten einen brauchbaren Ersatz für die Zwangsverwaltung von Nutzungsrechten nach geltendem Recht bilden können.

Was zunächst die Zwangsverpachtung anbetrifft, so hat sie den Nachteil,daß man, genau wie bei der Zwangsversteigerung und dem Zwangsverkauf, auf die Gnade eines dritten Interessenten angewiesen ist, der vielleicht die Lage ausnutzen will und nur recht wenig für das wirtschaftliche Unternehmen bietet, und daß dieser nicht das gleiche Interesse an der Instandhaltung und dem schonenden Gebrauch der Betriebsmittel zwecks deren dauernden Brauchbarkeit hegt wie der Nutzungsberechtigte, ins-

[1]) Dies ist wichtig auch zur Verhütung von erpresserischen Drohungen mit der Zwangsvollstreckung in wirtschaftliche Unternehmen; vgl. Isay 202.

[2]) S. o. unter § 2 III.

besondere der Eigentümer. Der Unternehmer-Schuldner wird deshalb wahrscheinlich nach Ablauf der Pacht das wirschaftliche Unternehmen in sehr abgewirtschaftetem Zustande wiederbekommen. Immerhin mag es Fälle geben, wo eine Zwangsverpachtung nach Lage der Dinge das zweckmäßigste Vollstreckungsmittel ist, und deshalb ist ihre fakultative Einführung nicht zu verwerfen.

Da mag sie denn a priori die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen als solcher als „das richtigste Exekutionsmittel für gewerbliche Unternehmen" erscheinen, wie sie in dem Motivenbericht zur Österreichischen Exekutionsordnung bezeichnet ist. Aber die schwerwiegenden Bedenken, die uns bei der kritischen Betrachtung der Zwangsverwaltung von Rechten aufstießen, wiederholen sich hier, und lassen es als fraglich erscheinen, ob mit der Einführung der Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen als solcher etwas gewonnen sei gegenüber der bestehenden Zwangsverwaltung des Nutzungsrechtes selbst. Die Erfahrungen die man in Österreich in anderthalb Jahrzehnten mit der Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen gemacht hat, bestätigen unsere Bedenken.

Besonders ist es die Person des Zwangsverwalters, mit dem man in Österreich recht trübe Erfahrungen gemacht hat. Man kann dort geradezu von einer Zwangsverwalterkalamität reden, und dies in mehrfacher Beziehung. Besonders deutlich spiegelt sich der ganze mißliche Zustand wieder in einem recht interessanten Bericht der I. Sektion der Handels- und Gewerbekammer in Wien vom Jahre 1905[3]).

Es ist einleuchtend, daß der Erfolg der Zwangsverwaltung eines wirtschaftlichen Unternehmens in erster Linie von der Person des Verwalters, von seiner Geschäftskenntnis und Redlichkeit und dem Fleiß, den er auf die Geschäftsführung verwendet, abhängt. Die Bemühungen der österreichischen Behörden galten deshalb nach Einführung der Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen vor allem dem Bestreben, den Gerichten ein geeignetes Verwaltermaterial zu beschaffen.

Man unternahm deshalb die nötigen Schritte zur Aufstellung einer Verwalterliste, wie sie in § 106 ÖExO für die Zwangsverwaltung von Grundstücken vorgeschrieben war und nach Ansicht der Motive[4]) auch für die Zwangsverwaltung industrieller Unternehmungen gelten sollte.

---

[3]) Abgedruckt bei v. Ohmeyer 237 ff.
[4]) S. 176 f.

Der Präsident des K. K. Exekutionsgerichtes in Wien stellte deshalb im Jahre 1898 das Ersuchen an die Wiener Handels- und Gewerbekammer, dem Gericht mit Vorschlägen geeigneter Persönlichkeiten an die Hand zu gehen, damit dieses auf das Jahr 1898, ähnlich der Zwangsverwalterliste für das unbewegliche Vermögen, auch eine Liste von Verwaltern für das bewegliche Vermögen aufstellen könnte. Die Handel- und Gewerbekammer wendete sich an 17 Wiener Fachgenossenschaften derjenigen Berufszweige, bei denen eine Zwangsverwaltung erfahrungsgemäß am häufigsten vorkommt, mit dem Ersuchen, für das Zwangsverwalteramt geeignete Personen, die zur Übernahme bereit seien, bekannt zu geben. Die Liste, die auf diese Weise zusammengestellt wurde, ergab das überraschende Resultat, daß drei Branchen (Maschinenbauer und Mechaniker, Juweliere, Gold- und Silberarbeiter) überhaupt nicht imstande gewesen waren, auch nur eine Person namhaft zu machen, weil sich in ihren Kreisen niemand gefunden hatte, der zur Übernahme einer Zwangsverwaltung bereit gewesen wäre. Die Absicht, durch die Aufstellung einer Verwalterliste eine möglichst rasche Vollstreckung zu gewährleisten, war also nicht erreicht worden, denn es mußte nach wie vor in den meisten Fällen die Handels- und Gewerbekammer im Einzelfall um die Ernennung eines geeigneten Verwalters ersucht werden, zumal auffallenderweise diejenigen Personen, die bereits einmal eine Verwaltung geführt hatten, sich weigerten, ein zweites Mal als Verwalter aufzutreten. Die Bemühungen der Handels- und Gewerbekammer, taugliche Personen zur Übernahme des Amtes zu bewegen, waren dann meistens erfolglos.

Diese Schwierigkeiten bewogen im Jahre 1902 die Handels- und Gewerbekammer, durch Information beim Präsidenten des K. K. Exekutionsgerichtes in Wien und durch Versammlungen der am meisten beschäftigten Zwangsverwalter eine Enquete zu veranstalten, inwieweit bei der Durchführung von Zwangsverwaltungen Mißstände hervorgetreten seien, auf die der Mangel an Bereitwilligkeit zur Übernahme des Verwalteramtes in den Kreisen der Handels- und Gewerbewelt zurückzuführen sei. Dabei ergaben sich eine ganze Anzahl von Faktoren, die für die Ablehnung eines Zwangsverwalteramtes ausschlaggebend gewesen waren:

1. **Mangel an verfügbarer Zeit.** Dies konnte nicht nur bei denjenigen Personen festgestellt werden, die einen Gewerbebetrieb hatten, und denen natürlich nicht zugemutet werden konnte, nebenbei noch die mehr oder weni-

ger umfangreichen Geschäfte eines Zwangsverwalters für einen fremden Gewerbebetrieb zu führen, sondern auch bei Personen, die sich bereits zur Ruhe gestezt hatten. Insbesondere bei Gastwirten, wo die Anwesenheit des Wirtes bei Tag und Nacht erforderlich ist, wenn dieses Vollstreckungsmittel überhaupt Erfolg haben sollte, machte sich dies geltend. Denn der Vollstreckungsschuldner verlor gar bald die Lust an seinem Unternehmen, indem er seinen Gästen gegenüber eine schiefe Stellung einnahm und zog sich mehr und mehr zurück, so daß die ganze Last auf dem Verwalter blieb. — Ebenso lagen die Verhältnisse beim Bäckereigewerbe.

2. **Die Entlohnung des Zwangsverwalters.** Sie mußte meist in Anbetracht fehlender Erträgnisse so gut wie ganz ausbleiben oder konnte doch wenigstens nicht in genügender Höhe bewilligt werden, daß sich die aufgewandte Mühe und Zeit gelohnt hätte.

3. **Nutzlose Aufwendungen von Zeit und Mühe.** Entweder fand der Zwangsverwalter beim Eintritt in sein Amt kein genügendes Warenlager vor, um damit ein Geschäft zu betreiben, oder das konkrete Unternehmen selbst war überhaupt unrentabel. Besonders bei Gastwirtschaften und Schlossereien stellte sich dies häufig heraus. Die Zwangsverwaltung mußte deshalb meist schon nach wenigen Tagen wieder eingestellt werden, und die ganze Aufwendung des schwerfälligen Vollstreckungsapparates war umsonst geschehen.

4. **Der Korpsgeist.** Man verabscheute den Zwang, der in der Anordnung der Zwangsverwaltung des eignen Gewerbebetriebes liegt, und wollte durch Übernahme einer Verwaltung das Institut nicht unterstützen.

5. **Wörtliche und tatsächliche Beleidigungen** seitens des Vollstreckungsschuldners.

6. **Passive Resistenz des Schuldners,** auf dessen Mitwirkung man vielfach angewiesen blieb.

Ganz zu schweigen von den vielen Unzuträglichkeiten, die sich im Verkehr zwischen Verwalter und Gericht bez. dessen Vollstreckungsorgan herausgestellt hatten (insbesondere mangelnde Information des Verwalters), und die sich ja leicht beseitigen lassen.

Die Wiener Handels- und Gewerbekammer glaubte trotz des wenig erfreulichen Resultates der Enquete in ihrem Gutachten ohne Gesetzesänderung auszukommen, und beschränkte sich auf die Vorschläge:

1. Den kompetenten Gerichtsstellen die Prüfung der Voraussetzung einer wirksamen Zwangsverwaltung im Einzelfalle zur Pflicht zu machen und zu verfügen, daß bei

Einführung des Zwangsverwalters ins Amt eine eingehende Information über seine Rechte und Pflichten zu erfolgen habe,

2. Den betreibenden Gläubiger zur Leistung eines vom Exekutionsgericht zu bestimmenden Vorschusses anzuhalten zur Bestreitung der Mühen und baren Auslagen des Zwangsverwalters für den Fall, daß die Zwangsverwaltung vorzeitig wieder aufgehoben werden muß,

3. Die Handels- und Gewerbekammer in den Fällen, wo sie den Zwangsverwalter namhaft gemacht hatte, über die Einstellung der Zwangsverwaltung kurze Mitteilung zu machen.

Es liegt auf der Hand, daß diese Maßnahmen, so zweckentsprechend sie immerhin sind,die Zwangsverwaltung von ihrer Unbrauchbarkeit in der Praxis nicht retten konnten, weil sie den Schaden nicht an der Wurzel anpackten. Die Zwangsverwalterkalamität ist deshalb in Österreich bis auf den heutigen Tag bestehen geblieben und hat seinen Grund darin, daß hier nicht Maßnahmen der Gerichte und der Handels- und Gewerbekammer helfen können, sondern einzig und allein eine durchgreifende gesetzliche Reform. Die Hauptfehler, an denen die Zwangsverwaltung in ihrer positivrechtlichen Ausgestaltung krankt, sind: einerseits, daß ein fremder Dritter ins Geschäft gestellt wird, und andrerseits, daß der Geschäftsinhaber selbst an seinem Unternehmen desinteressiert wird. Der Mißstand, daß niemand im Nebengewerbe die Leitung eines fremden Geschäftes übernehmen kann, an dem er so gut wie kein Interesse hat, läßt sich nie beseitigen, solange es eine Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmen gibt. Andrerseits wird dadurch, daß ein Fremder in die Leitung des Geschäftes eintritt, der Inhaber selbst völlig an die Wand gedrückt. Da die Erträgnisse nunmehr nicht ihm selbst, sondern einem Gläubiger zugute kommen, hat er keinerlei Interesse mehr am Aufblühen des Geschäftes, im Gegenteil, es läßt sich die menschliche Schwäche, die sich bei ihm geltend macht, verstehen, nämlich daß er der Verwaltung als einem odiosen Institut direkt entgegenarbeitet.

Jede Form einer Vollstreckung in das wirtschaftliche Unternehmen, die dieses zwar dem Schuldner beläßt, ihn aber völlig an die Wand drückt und einen vielleicht sachunkundigen Dritten an seine Stelle setzt, ist eine Todgeburt. Es läßt sich deshalb verstehen, wenn Jsay[5]) vorschlägt, die Zwangsverwaltung als für wirtschaftliche Unternehmen

[5]) 201.

ungeeignete Vollstreckungsart aufzugeben und statt dessen den Zwangsverkauf einzuführen. Aber damit würde man in den Fehler zurückfallen, den man gerade durch Einführung der Zwangsverwaltung vermeiden wollte: der Schuldner würde von dem gewohnten Feld seiner Tätigkeit verdrängt und auf die Straße gesetzt werden. Jedenfalls aber kann sich die von uns zur zweckmäßigen Verwertung gepfändeter Nutzungsrechte angestrebte Reform nicht in der Richtung bewegen, daß man an Stelle der Zwangsverwaltung des Nutzungsrechtes die des wirtschaftlichen Unternehmens setzt, als das sich dessen Ausübung darstellt. Das liefe nur auf eine formelle Änderung ohne weiteren praktischen Wert hinaus. Wir müssen uns vielmehr nach einer anderen Verwertungsform umsehen.

Läßt sich aber eine solche überhaupt finden, der die Nachteile der Zwangsverwaltung (und Zwangsverpachtung) fehlen, und die es trotzdem ermöglicht, dem Unternehmer-Schuldner sein Unternehmen nicht dauernd zu entziehen? Daß nicht alle Nachteile vermieden werden können, insbesondere nicht die Langwierigkeit des Verfahrens, ist von vornherein klar. Aber der Hauptmangel, der mit der Person des Zwangsverwalters verknüpft ist, läßt sich in der Tat bei einer andern Verwertungsform vermeiden.

Eine wertvolle Anregung scheint uns durch die neueste deutsche Reichsgesetzgebung gegeben worden zu sein, und zwar in der Bundesratsverordnung über die Anwendung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens vom 8. August 1914, einer der denkwürdigen Kriegsverordnungen des Bundesrats vom Jahre 1914. Hier ist ein neues Vollstreckungsinstitut eingeführt, das die beiden Hauptnachteile einer Zwangsverwaltung vermeidet und doch dem Schuldner das Geschäft beläßt. Die Vorzüge dieses Instituts bestehen darin, daß es den Schuldner als die für die Leitung seines Geschäftes immerhin am besten geeignete Person in seiner Stellung nicht nur beläßt, sondern ihn auch am Erfolg des Unternehmens dadurch interessiert, daß es ihm aus den Erträgnissen die Mittel einer bescheidenen Lebensführung gewährleistet. Die Kontrolle durch eine oder mehrere Aufsichtspersonen, die darauf zu achten haben, daß im übrigen die Erträgnisse den Geschäftsgläubigern zugeführt werden, garantiert, daß die Interessen der Gläubiger genügend wahrgenommen werden. Allerdings ist diese Institution in der Ausgestaltung der Bundesratsverordnung nur als interimistische, auf die Zeit des Krieges beschränkte Prophylaxe gemeint gegen

den Ausbruch des Konkurses und den damit gleichbedeutenden Vermögensverlust für diejenigen Schuldner, die unverschuldetermaßen durch den Krieg und die dadurch bedingte allgemeine Zahlungsstockung in Zahlungsschwierigkeiten geraten sind. Besonders dieses Schutzmoment tritt in der Bundesratsverordnung deutlich zu Tage: die Geschäftsaufsicht wird angeordnet auf Antrag des Schuldners, sie wird geführt zugunsten mehrerer Gläubiger und vollzieht sich ohne Kenntnis der Öffentlichkeit. Doch läßt sich auch die Einführung der Geschäftsaufsicht ohne diese drei Besonderheiten befürworten. Es muß auch den Gläubigern die Möglichkeit geboten werden, abgesehen von der jetzigen Kriegszeit, durch Zugriff auf das wirtschaftliche Unternehmen des Schuldners als einheitlichen Komplex sich eine ausgiebigere Befriedigung zu sichern als durch die Exekution in die einzelnen Vermögensstücke. Die Wahrnehmung der Interessen des Schuldners, dessen Tätigkeit nach unserer modernen Auffassung nicht gegen seinen Willen in den Dienst der Gläubigerbefriedigung gestellt werden darf, läßt sich — bei gleichzeitiger Einführung der Zwangsverpachtung, des Zwangsverkaufs und der Zwangsversteigerung wirtschaftlicher Unternehmen —dadurch erreichen, daß einerseits der Schuldner berechtigt sein muß, wenn ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung in der Form der Verpachtung, des Verkaufs oder der Versteigerung beantragt, diese in eine Exekution durch Anordnung einer Geschäftsaufsicht umzuwandeln, daß dem Schuldner aber andrerseits die Möglichkeit gelassen bleiben muß, gegen den Antrag eines Schuldners auf Einsetzung einer Geschäftsaufsicht die Zwangsverwertung seines Unternehmens in andrer Form, nämlich durch Zwangsverpachtung, Zwangsverkauf oder Zwangsversteigerung durchzusetzen. Ferner müßte die Zulassung der Geschäftsaufsicht auch auf Antrag eines einzelnen Gläubigers ausgesprochen werden, auf dessen Antrag hin dann die Aufsicht anzuordnen wäre (unter der eben erwähnten Einschränkung). Streitig könnte es nur sein, wie man sich zu der dritten Besonderheit stellen soll, die das Schutzmoment in der neuen Bundesratsverordnung zum Ausdruck bringt, der Heimlichkeit. Es gibt gewiß auch im Frieden Schuldner genug, die unverschuldeterweise in Zahlungsschwierigkeiten geraten sind, auf die das Odium eines Konkurses und jeder anderen öffentlichen Vollstreckungsmaßregel beschämend und kreditvernichtend wirken muß, und denen deshalb die Rechtswohltat der Heimlichkeit vollauf zu gönnen wäre. Dem steht aber andrerseits die Tatsache

entgegen, daß unser ganzes modernes Sachenrecht, vor allem auch unser Vollstreckungsrecht vom Prinzip der Publizität durchdrungen ist. Ob der Ausweg, den die Bundesratsverordnung einschlägt, insofern sie dafür sorgt, daß die zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht vorhandenen Gläubiger von der Anordnung Kenntnis erlangen, und insofern sie dem Schuldner in § 10 die Aufhebung der Geschäftsaufsicht und die Durchführung der strengeren Exekutionsmittel des Konkurses (in unserem Falle käme die Zwangsverpachtung, der Zwangsverkauf und die Zwangsversteigerung in Frage) indirekt androht, für den Fall, daß der Schuldner neue Geschäfte eingeht, ohne seinem Vertragsgegner vom Vorhandensein einer Geschäftsaufsicht Mitteilung zu machen, ob dieser Ausweg zum Schutze gutgläubiger Dritter ausreicht, mag die Praxis lehren. Auf alle Fälle müßte deutlich im Gesetz ausgesprochen werden, daß der Schuldner die Wohltat der Geschäftsaufsicht verliert, und daß strengere Exekutionsarten Anwendung zu finden haben, falls der Schuldner seinen neuen Vertragsgegner über das Bestehen der Geschäftsaufsicht im Unklaren läßt. Andrerseits läßt sich auch die Auffassung wohl verstehen, daß das Interesse der Allgemeinheit an der Publizität von Sicherungs- und Vollstreckungsakten (das aber allerdings schon durch die Zulassung der Sicherungsübereignung seitens des Reichsgerichts verletzt ist) dem Interesse des Einzelnen an der Heimlichkeit des Verfahrens vorgehe, so beachtlich auch dieses sein möge.

Nicht verkennen läßt sich, daß auch bei der Geschäftsaufsicht die Auswahl einer geeigneten Aufsichtsperson meist auf Schwierigkeiten stoßen wird. Diese sind aber hier bei weitem nicht so groß wie bei einer Zwangsverwaltung. Denn es handelt sich hier für die Aufsichtsperson nicht darum, das Unternehmen zu leiten, sondern nur darum, es zu kontrollieren. Sie braucht deshalb keine eingehende Sachkenntnis zu besitzen, sondern es genügt ein gewisser Fonds allgemeiner kaufmännischer Schulung und Begabung. Außerdem hat die Übernahme einer Kontrolle für diejenigen, die sie ausüben sollen, nicht das Abschreckende an sich, wie die Übernahme der Verwalterrolle; denn die bloße Aufsichtstätigkeit wird bei weitem nicht den gleichen Aufwand an Mühe und Zeit erfordern wie die Leitung des schuldnerischen Gewerbebetriebes selbst.

Wir gelangen damit zu dem Ergebnis: die Parole für die Einführung einer Vollstreckungsform, die das wirtschaftliche Unternehmen

des Schuldners der Befriedigung des Gläubigers unterwirft, ohne es ihm dauernd zu entziehen, und damit für die Einführung einer zweckmäßigeren Verwertungsform für die Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte des § 857 ZPO, lautet nicht Zwangsverwaltung, sondern Zwangskontrolle neben Zwangsverpachtung, Zwangsverkauf und Zwangsversteigerung.